

*All' illustre comm. prof. Giorgio Arischedei
in omaggio
L'autore*

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ E IL DIRITTO DI CACCIA PRESSO I ROMANI

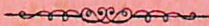
COMMENTO ALLA L. 62 D. DE USUFRUCTU VII 1 DEL GIURECONSULTO TRIFONINO

E NOTE AL PROGETTO DI LEGGE ITALIANO SULLA CACCIA

DI

LANDO LANDUCCI

Professore ordinario d'istituzioni di diritto romano nella R. Università di Padova



BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1883



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

460

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ E IL DIRITTO DI CACCIA

PRESSO I ROMANI

COMMENTO ALLA L. 62 D. DE USUFRUCTU VII 1 DEL GIURECONSULTO TRIFONINO

E NOTE AL PROGETTO DI LEGGE ITALIANO SULLA CACCIA

DI

LANDO LANDUCCI

Professore ordinario d'istituzioni di diritto romano nella R. Università di Padova



BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1883



IL DIRITTO DI PROPRIETÀ E IL DIRITTO DI CACCIA

PRESSO I ROMANI

Commento alla l. 62 D. de usufructu VII, 1 del giureconsulto Trifonino
e note al progetto di legge italiano sulla caccia

Sommario

I. Inesistenza del preteso diritto di caccia del proprietario. — II. Il frammento di Trifonino e le conseguenze che se ne vogliono dedurre. — III. Alcune fra le interpretazioni proposte. — IV. Costumi romani e loro conseguenze giuridiche. — V. Come deve intendersi il passo in discorso. — VI. Conclusione. — VII. L'art. 10 del progetto di legge italiano sulla caccia. — VIII. L'*actio popularis* in materia di caccia.

I.

Faremmo opera non necessaria, se fosse nostro solo proposito dimostrare che presso i romani non esistè mai un vero e esclusivo diritto di caccia del proprietario del fondo (1). Alcuni antichi lo ammisero (2) e pochi fra i moderni l'hanno sostenuto di

(1) Per diritto di caccia non intendiamo il diritto di cacciare nel proprio fondo e di escluderne altri, ma il diritto di ottenere la restituzione della preda fattavi o di pretenderne il valore: quel primo tutti l'ammettono, questo secondo deve invece negarsi. Il diritto di proprietà non si estende a tutti gli animali che sono nel fondo; tanto meno se divenuti preda del cacciatore, che a titolo di occupazione ne è l'unico proprietario.

(2) Moserus, *Unpartheische Urtheile* p. 242; Zeigler, *De iuribus maiestatis*; Leyser, *Meditatio ad Pand.* 440. VII p. 17; Cuiacius ad l. 55 D. de acq. rer. dom. XLI. 1 e tutti i suoi seguaci. Essi non dicono, tolto alcuni, come il Leyser e il Moserus, la cosa in modo aperto, ma affermano che

nuovo (3); ma la maggioranza dei romanisti è stata sempre ferma a negarlo (4). Ci spinge a prender la parola la meraviglia provata

il proprietario può proibire la caccia e la pesca, e se, nonostante la proibizione, il cacciatore o il pescatore s'impadroniscono nel suo fondo di qualche animale, esso è del proprietario che può rivendicarlo: come si vede in via indiretta sì, ma giungono allo stesso risultato. Fu la preponderante autorità del **Cuiacio**, caduto anch'esso in errore, che trascinò la massima parte dei contrari a uno degli indiscutibili principi di diritto romano.

(3) **Wüchter**, *Akadem. Programm.* 1868-69 in «Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig» I. 333-375; **Brünneck**, *De dominio ferarum quae illicite capiuntur* Halle 1862 e nell'Arch. für civ. Praxis XLVIII. 5; **Gerber**, *System des deutschen Privatrechts* §. 92 n. 3. Dice lo **Schirmer** nella Zeitsch. für Rechtsgesch. |XI p. 344-15: «Bekanntlich ist diese Frage von den neuen Romanisten bisher mit einer in solchen Dingen seltenen Einstimmigkeit verneint worden».

(4) Cogliamo il destro per riferire la bibliografia sull'argomento: **Maierus**, *De iure venandi romano-germanico* 1722; **Bilderbeckius**, *Gegen die Regalität der Jagden*; **Pufendorf**, *de jure naturae et gentium* IV. 6 §. 5; **Medici**, *Tractatus de venatione*; **Goltz**, *de damno ferino eiusque restitutione*; **Menckenii**, *jus maiestatis circa venationem*; **Besoldo**, *thes.* II litt. av. n. 58; **Richter**, *de venatione turbata*; **Meerman**, *Diss. de reb. manc. et nec. manc.* §. 419; **Marckat**, *De divisione animalium in mansueta, mansuefacta et fera* (Exerc. acad. VIII); **Filz**, *de occupatione in genere* 1702; **Ring**, *de origin. dominio acquis. per occupat.* 1746; **Silberrand**, *de occup. rerum immobil.* 1767; **Müller**, *de iure columbarum* 1687, *de iure apum* 1685; **Biener**, *de jure apum* 1773; **Rivinus**, *de iure venandi in alieno fundo*; **Mühlenbruch**, *Pand.* II. §. 247; **Göschel**, *Vorlesungen* II §. 145; **Cabedo**, *Decisiones lusitanae* II. 89; **Harppecht**, *Exercitationes* II disp. 61; **Linschoten**, *diss. de venatione et jure venandi*; **Decius**, *cons.* 196 lib. I; **Surdus**, *cons.* 161; **Plancy**, *dictionnaire feodal* p. 82; **Zoannettus**, *de duplici venatione* n.º 48 segg.; **Franzkio**, *exercit.* 4, quaest. 2; **Goebel**, *de jure venandi*; **Frank**, *de poenis in ferarum fures*; **Bergerus**, *disp.* 25; **Sixtinus**, *de regalibus* II. 18 n. 77; **Cramer**, *vindiciae regalis iuris venandi* III op. I; **Iekstatt**, *de eo quod jure naturali circa venationem juris est* I op. 8, *et de eo quod iure publico universali et particulari Iuris Romano Germanici circa venationes iuris est* I op. 9; **Carrara**, *Programma Parte spec.* IV p. 654 segg.; **Donellus**, *Commentaria de jure civili* IV. 8; **Connanus**, III comm. 3 n. 1; **Duarenus**, ad l. 3 §. 14 D. de acq. vel am. poss.; **Covarruvius**, in Cap. peccatum, de R. I. n. 6 P. 2 §. 8 n. 9; **Bronchius**, III. Ass. 76; **Giphanius**, in l. 3 D. acq. rer. dom. n. 4; **Savigny**, *Das Besitzrecht* §. 31; **Voet**, *Pandt.* II p. 599 segg. nn. 4 e 5, I p. 369 n. 23; **Arndts-**

nel vedere da un lato un noto passo di Trifonino (5) fatto caposaldo dell'avversa teoria e dall'altro spesa tanta fatica a concordarlo colla prevalente opinione (6): vogliamo dimostrare che basta discuterlo senza preconcetti e intenderlo nel modo più piano perchè le sia non di ostacolo, ma di valido aiuto. Non sarà inutile però, per togliere ogni possibile dubbio e per render più chiaro il nostro discorso, premettere alcune pagine sulla tesi generale. Riassumeremo le ragioni che condussero a negare nel modo più reciso il preteso diritto di caccia del proprietario, facendo tesoro di tutti i responsi delle fonti, forse non usati fin qui quant'era possibile (7).

È noto che gli animali selvaggi erano pei romani oggetto di occupazione, onde spettavano a chi primo con qualsivoglia mezzo

Serafini, *Pandette* I §. 154 p. 305 segg.; Puchta, *Vorlesungen* §. 154; Schmid, *Handbuch* §. 7 n. 5-37; Holzschuher, II. 1 p. 130 segg.; Gimmerthal, *Arch. für civ. Praxis* LV. 129; Windscheid, *Pandette* §. 184; Brinz, *Pandette* §. 148 sec. ediz.; Rinaldi, *proprietà mobile* III p. 16-82; Verhaegen, *Recherches historiques sur le droit de chasse*. Paris 1873; Neyremand, *Questions sur la chasse* Colmar 1871; Westphal, *Arten der Sachen* p. 289 segg.; Gesterding, *ausführliche Darstellung der Lehre von Eigenthum* p. 66 segg.; W. Bromver, *De iure occupandi* Lugd. Batav. 1822; Heisselink, *De dominio eiusque acquirendi modis per occupationem et accessionem* Groen. 1821; Sell, *Röm. Lehre des Eigenthums* p. 77 segg.; Pangenstecher, *Die röm. Lehre von Eigenthum* II p. 57 segg.; Schütze, *Von Eigenthum am Wildergut* in Bekker's Jahrb. VI p. 61 segg.; Vangerow, *Pandekten* I §. 308 p. 562 segg.; Maynz, *Cours de droit romain* I §. 98 p. 707 segg.; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain* I p. 436; Ortolan, *Explication historique de institutes de l'empereur Justinien* I p. 358; Accarias, *Précis de droit romain* I p. 477 segg.; De Crescenzo, *Sistema* §. 161 I p. 447 segg.; Windscheid, *Pandekten* §. 184 I p. 580 segg.; Serafini, *Istituzioni* §. 62 I p. 165 segg. ecc. ecc.

(5) L. 62 D. De usufr. VI. 1. — Vedilo riportato più oltre.

(6) Vedi più che altri lo Schirmer nei luoghi citati.

(7) I principali passi che più o meno direttamente se ne occupano sono §. 12-16 Inst. de rerum div. II. 1, l. 1 §. 1, l. 2, l. 3 l. 5 pr. §. 1-6, l. 14 pr. l. 44, l. 55 D. de acq. rer. dom. XLI. 1, l. 13 §. 7 D. de iniur. XLVII. 10, l. 16 D. de s. p. r. VIII. 3, l. 22 §. 3 D. quod vi aut clam XLIII. 24, l. 26 D. de usuris XXII. 1, l. 9 §. 5, l. 62 D. de usufr. VI. 1, l. 14 D. de iniur. XLVII. 10, l. 1 §. 1, l. 3 §. 14. 15 D. de acq. vel am. poss. XLI. 2, §. 22. Paulus, *Rec. sent.* III. 6, Nov. LVI di Leone, Gaius II §. 67, l. 26 pr. D. de furt. XLVII. 2.

gli facesse suoi. Non si trova mai cenno d'uno speciale diritto del proprietario del fondo, anzi lo si esclude in diversi luoghi. Ecco i precisi responsi delle fonti in proposito, incominciando dalle leggi fondamentali di Gaio, parafrasate nelle istituzioni giustiniane⁽⁸⁾.

Tutti gli animali che nascono in terra, nell'aria e in mare cedono in proprietà del primo occupante: *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* (9). Cotesta la regola generale, fra le più sicure del diritto: niuno, prima d'occuparli, è proprietario di animali selvatici, del prodotto cioè della caccia e della pesca: nè importa ch'essi sien presi in un fondo privato o che abbiano l'abitudine di volar via e tornare (10). E, cosa degna di nota, selvatici son pure considerati le colombe, le api e i pavoni, quindi *res nullius*; in conseguenza essi sono oggetto d'occupazione al pari dei loro prodotti, i favi ad esempio (11). Dato tale principio,

(8) L. 1 §. 1, l. 3, l. 5 D. de acq. rer. dom. XLI. 1 ex Gaio libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum §. 12-16 Inst. de rer. div. II. 1.

(9) Vedi anche l. 1 §. 1 D. de acq. vel am. pos. XLI. 2. Gaio II §. 66.

(10) Avvertiamo che tutti i passi delle Pandette sono citati secondo l'edizione del Mommsen, Berolini, Weidmann 1870. — L. 3 §. 1 D. cit. *Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno.* §. 12 Ist. cit. l. 5 §. 5 D. cit. *Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam.* Cotesta abitudine ha importanza dopo occupati gli animali, perchè serve a dimostrare la permanenza dell'elemento naturale del possesso. *In his autem animalibus*, segue il passo in discorso, *quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.* Vedi più oltre p. 18 n. 50.

(11) Riguardo alle api vedi l. 5 §. 2-4 D. eod. §. 14 Inst. eod. l. 1 §. 16 D. de acq. vel am. poss. XLI. 2, l. 26 D. de furtis XLVII. 2. Si è affermato che i giureconsulti non furono concordi nel distinguere gli animali in selvatici, mansuefatti e domestici: a noi invece sembrano concordi quanto mai. Si oppongono la l. 2 §. 2 D. ad leg. Aquil. IX. 2 e la l. 37 D. de furtis XLVII. 2, ma la prima si riferisce ad altro tema, cioè a decidere se certi animali sieno o no da comprendersi fra i *pecudes* e la seconda parla d'un pavone *mansuefatto* (come Gaio ricordava cervi *mansuefatti* sebbene di loro natura sieno selvatici

nulla dovea importare che l'occupazione avesse luogo nel fondo proprio o nell'altrui: *nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno*: tanto meno riguardo alla pesca, essendo il mare, i fiumi e i lidi del mare di pubblico dominio (12); nè diverso sarebbe del pesce preso dalla riva privata del fiume o se privato fosse lo stesso fiume o torrente (13). Che se l'animale preso da noi è divenuto nostra proprietà fugge e recupera la sua libertà naturale, cessa dall'esser nostro, ridiviene *nullius* come già era stato altra volta e quindi di nuovo del primo occupante (14).

Ed è famoso il caso propostosi da Gaio, riferito nelle Pan-

l. 3 §. 5 D. cit.) che era fuggito, ma non aveva persa l'abitudine del ritorno, anzi gli era stata impedita la possibilità di tornare. Vedi per le api, oltre i passi citati *l. 8 §. 1 D. fam. erc. X. 2, Collat. leg. Mos. et Rom. XII. 7 §. 10* ove **Ulpiano** riferisce una disputa fra **Celso** e **Proculo** secondo cui non si dovevano applicar loro mai le regole degli animali mansuefatti; pei pavoni e per le colombe, oltre il passo riferito nella nota precedente vedi **Gaio** II. 68, *l. 3 §. 15. 16 D. de acq. vel am. poss. XLI. 2, l. 27 §. 12, l. 49 pr. D. ad leg. Aq. IX. 2*; per gli elefanti e i cammelli pur essi in sé considerati selvatici vedi *l. 2 §. 2 D. ad leg. Aq. IX. 2*. In quanto poi agli scritti non giuridici per le api vedi **Varro**, R. R. III. 16, **Vergilius**, *Georg.* IV, **Plinius**, H. N. VIII. 56. XI. 5 segg., **Columella**, IX. Praef. cap. 2 segg., **Quintilianus**, *declam.* 13, pei pavoni e per le colombe **Varro**, l. c., **Columella**, VIII. 8. 11, **Atenaenus**, XIV. 70, **Plinius** l. c. X. 34. 74.

(12) §. 1 *Inst. de rer. div. II. 1* ... *nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur* ... §. 2 *Flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commue est in portibus fluminibusque. l. 4, l. 5 D. de rer. div. IV. 8*. Non contrasta la *l. 1 §. 7 D. ut in fl. pub. XLIII. 14* la quale si limita a concedere una speciale azione giuridica per un caso speciale.

(13) §. 4 *I. de rer. div. II. 1* *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis... sed proprietates earum illorum est quorum praediis adhaerent. l. 1 §. 3-4 D. de flum. XLIII. 12* *Flumina quaedam publica sunt, quaedam non... si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris loci privatis flumen privatum* Cf. *l. 3 §. 14 D. de acq. vel am. poss. XLI. 2, l. 13 §. 7 D. de iniur. XLVII. 10*.

(14) *l. 3 §. 2 D. l. c. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit. l. 5 pr. D. eod. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio. §. 12 in f. I. l. c. Gaius II §. 67, l. 44, l. 55 D. de acq. rer. dom. XLI. 1, l. 1 §. 10 D. si quad. paup. fec. dic. IX. 1.*

dette, citato nelle Istituzioni e variamente deciso in antico (15). Tizio colpisce un animale con tal ferita da avere fondata speranza di prenderlo: si domanda 1° se divien suo senz' altro, 2° se resta suo soltanto finchè lo insegue, 3° se suo non diviene fin quando non l'abbia preso e ridotto in suo potere assoluto. Le tre soluzioni ebbero seguaci ciascuna (16): della seconda fu difensore lo stesso Trebazio Testa, antico e venerato giureconsulto (17), ma il mag-

(15) L. 5 §. 1 D. cod. *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatius placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse, et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commississe. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus; quod verius est. Vedi § 13 Ist. l. c. Vedi pure il **Wieling** *Iurisprudencia restituta* p. 187 sgg. (Amstel. 1827).*

(16) Ce lo insegna **Teofilo** allo stesso paragrafo delle sue Istituzioni: eccone le parole secondo la traduzione di **Giacomo Curzio**: « *Illud quaesitum est: Cervus aut aper, ita a me vulneratus est, ut facile capi possit: quidam dicunt, confestim tale animal meum fieri. Aliis placet, meum quidem fieri quod ego lethali vulnere affixi, sed eousque donec persequor animal. Quod si id persequi cessem, meum esse desinit, et occupantis fit. Fuit et tertia sententia dicentium, non aliter me qui vulneraverim, dominum eius fieri, quam si illud ceperim. Atque hanc tertiam sententiam magis probat Imperator noster, huiusmodi addens rationem. Ait enim multa interim accidere posse quae me dictum animal capere non sinant. Nam forte occurrens fera aliqua longius me progredi vetuit, aut eripuit quod vulneraveram. Vel denique in persequendo, in aspera et inculta loca incidens, investigare bestiam non potui ».*

(17) Su questo famoso giureconsulto vedi **I. F. Eckhard C. Trebatius Testa a maligna iocorum interpretatione quibus Cic. cum eo agit vindicatus** Isenaci 1792, **O. Stange de C. Trebatius Testa** Berol 1849 e **Nic. Hier. Gundling C. Trebatius Testa et de eo loco quem inter aequales tenuerit**. Lips. 1763. Vedi su lui tra le fonti in specie l. 2 §. 45-47 D. de orig. iur. l. 2 di Pomponio (è degno di nota il paragone che vi si fa fra tre dei massimi giureconsulti del tempo: *Ex his Trebatius petior Cascellio, Cascellius Trebatio eloquentior fuisse dicitur, Ofilius utroque doctior*). Fu amico di **Cicerone** che a lui rivolse la *Topica* e le lettere *ad. div.* VII 6-22 cf. V. Cf. **Gellio** VI. 12, **Porphyrus** sulla sat. d' Orazio II. e molti passi del testo fra cui l. 17 pr. D. de ann. legat. XVII. 1, l. 14 §. 11 D. de relig. XI. 7 ecc., **Gaius** I. 136, **Gellius** VI. 12, **Macrobius**, *Sat.* I. 16. III. 5, **Servius ad Aen.** XI. 316. Fra i suoi scritti giuridici si ricorda spesso nei Digesti il commento all' Editto degli edili curuli v. l. 18 §. 3 D. de dolo malo IV. 3, l. 6 §. 4, l. 12 §. 4, l. 14 §. 3 D. de aedil. edicto XXI. 1. Cf. **Teuffel** *Röm. Lit.* §. 207. 4 p. 393 sgg.

gior numero di sostenitori ebbe la terza (18) che, accettata da Gaio e da Giustiniano, è quella delle nostre fonti (19). Appliciamo i due ultimi modi di vedere (20) al caso proposto: se, mentre Tizio insegue l'animale ferito, Mevio se ne impadronisce coll'intenzione di farne lucro, secondo Trebazio Testa commette un furto e sottostà alle gravi conseguenze civili e penali di tale delitto; secondo Gaio, Giustiniano e i più ne diviene proprietario come occupante, senza alcun obbligo di risarcimento verso Tizio (21). L'insieme della teoria e più i termini generali delle fonti autorizzano a applicare l'esempio e la regola al caso che l'uno dei due fosse proprietario del fondo in cui fu ferito, e, se vuolsi, di quello pure in cui s'inseguì l'animale. Supponiamo lo fosse Mevio; per l'opinione di Trebazio se avesse preso l'animale ferito durante l'inseguimento si sarebbe fatto reo di furto: supponiamo lo fosse Tizio; per la opinione prevalente di Gaio e di Giustiniano non avrebbe alcuna pretesa da sollevare nè alcuna ragione di risarcimento verso Mevio occupatore (22). Ciò posto, ne consegue *a fortiori* che in tema d'acquisto della proprietà dell'animale non abbia alcuna importanza la scienza o l'ignoranza, il permesso o il divieto del proprietario del fondo (23).

(18) È noto l'antico adagio greco, riferito a questo proposito Πολλὰ μετὰξὺ πέλει κύλικος καὶ χεῖλος ἄκρου o il detto di Catone *Inter os atque offam multa intervenire posse* (Gellio XIII 17), o l'altro con cui commentava l'antico glossatore « Multa cadunt inter calicem supremaque labra ». — Del resto la grande maggioranza dei romanisti di tutti i tempi ha approvato la decisione di Giustiniano.

(19) Alcuni autori hanno sostenuto che, sebbene il passo di Gaio e la decisione di Giustiniano si riferiscano al solo ferimento, la massima deve estendersi anche al caso della morte. Infatti anche dopo uccisa la fiera, *multa accidere possunt ut eam non capiamus*. Insomma nemmeno la sua morte basterebbe a costituire l'elemento fisico del possesso Schmid *Handbuch* p. 54 n. 14, Geisterding l. c. p. 77, Höpfner *Comm.* §. 301, Thibaut *System* II §. 739.

(20) Quello cioè difeso anche da Trebazio Testa che l'animale rimanga del feritore finchè esso l'insegue e l'altro accettato da Giustiniano, che bisogni prenderlo.

(21) Su ciò non ci pare possa cader dubbio alcuno.

(22) Il che è tanto più ammissibile in quanto, come vedremo, niun frammento contraddice nè alcun ricordo romano.

(23) In quanto a ciò si trae chiaramente dal passo che abbiain citato sopra p. 6 n. 10 e più da quelli di cui siam per parlare.

Il che risulta chiaro anche da due altri eleganti frammenti. Il primo è di Proculo (24). Ecco il caso propostovi: in un laccio teso da te a scopo di caccia cadde un cignale: io che ve lo vidi impigliato, o lo presi e portai via meco a scopo di lucro o lo sciolsi e lo riposi in libertà: nella prima ipotesi avrò sottratto (contrettato) un cignale già divenuto tuo, commettendo un furto? e nella seconda sarò io tenuto verso di te con un' *actio in factum*? Il giureconsulto risolve il quesito esplicitamente, data la seconda ipotesi, implicitamente, data la prima. Ma, innanzi di decidersi, si domanda con molta cura se possano alterare la soluzione certe speciali circostanze e se quindi si debba distinguere a seconda di esse; si chiede cioè se e quale importanza abbia 1° l'essere stato posto il laccio in luogo pubblico o in privato (25), 2° se in privato, sul fondo del cacciatore o nell'altrui (26), 3° se

(24) L. 55 D. de acq. rer. dom. 41. 1.

Proculus, libro secundo epistolarum.

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset. Vedi su di essa Noodt Prob. II c. 6 §. 3 Wieling l. c. p. 186. 241, Oelrichs Taes. I. 2 p. 364, Gesterding Eigenth. §. 14 n. 10, Wissenbach Disp. ad Inst. IX §. 24, Voet l. c. §. 4. Reinold laud. Diss. Cap. 1. in Opusc. p. 449 sgg., Waechtler Opusc. p. 447 sgg., Cuiacius ad emend. IV cap. 3.

(25) Che ciò non ha importanza è detto *apertis verbis* anche nella l. 3 pr. D. eod. XLI. 1 e nel §. 12 Ist. de rer. div. II. 1: in ambi i luoghi si dice *Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno*. Non v'ha dubbio che s'intende parlare anche dei pesci, i quali del resto ben rientrano fra le *feras bestias*: lo stesso dicesi delle api e in genere di tutti gli animali selvatici.

(26) Se sul fondo del cacciatore o nell'altrui niuno ha mai fatto differenza fino a oggi in cui si vorrebbe riconoscere al proprietario del fondo la proprietà

nell'altrui col permesso o contro il divieto del proprietario (27), 4° infine l'essersi il cignale impigliato in modo da non potersi sciogliere da sè o da riuscirvi con più o meno ripetuti conati (28). La risposta è recisa: queste varie circostanze di fatto non hanno alcun peso. Tutto si riduce a decidere se il cignale poteva o no dirsi caduto nel potere esclusivo del cacciatore (29): se

degli animali che vi sono. Niuna legge accenna a eccezione e non merita quindi ricordo la restrizione alla libertà della pesca che vorrebbe dedursi dalla lezione vulgata e aloandrina della l. 17 §. 1 D. de verb. signif. L. 16 dopochè la Florentina secondo i nuovi studi del Mommsen dice senza alcun dubbio *piscarium* e non *piscariarum*.

(27) Su queste parole il **Cuiacio** avea costruito la teoria che l'animale preso contro il divieto del proprietario sia suo e non del cacciatore « Eum » vero, dice l. c., qui non permissu domini in alieno quid horum fecerit, puto » nihil sibi acquirere idque probare l. 55 D. de acq. rer. dom., quae aprum quem » in plagas incidit, necdum apprehensus est, non aliter meum fieri ostendit, » quam si in meo vel in alieno permissu domini laqueum posuero, cui ita haec » serier aper, ut diu collectando se expediturus non fuerit. » I più riprovano il **Cuiacio**, anche i moderni nostri avversari che si appigliano alla legge di **Trifonino**. P. e. dice il **Demangeat** *Cours élémentaire* I p. 436 « C'est certainement à tort que Cujas a soutenu le contraire, l'**Ortolan** l. c. I p. 358, l'**Accarias** l. c. I p. 477 sgg. ecc. Infatti il giureconsulto si chiede se nella teoria della proprietà quattro circostanze hanno efficacia e decide che solo la quarta ne ha: è implicita e necessaria la contraria sentenza per le altre tre, massime niuno negandolo, affermandolo anzi espliciti testi, per due.

(28) Trattandosi d'un acquisto di possesso che per effetto del solo *animus* serve a dare la proprietà è necessario si abbia il suo primo elemento, cioè il *corpus*. Si è disputato *ab antico* se basti, perchè esista tale elemento, la caduta della fiera nel laccio o altro apposito ordigno, o se è necessario che il cacciatore la prenda. Noi coi più crediamo basti che l'animale non possa fuggire e il cacciatore possa prenderlo a ogni momento: ma, e se il fondo su cui l'animale è caduto nel laccio, è altrui? Il proprietario potrà impedirne l'ingresso al cacciatore, onde esso non potrà prenderlo quando voglia: l'obiezione parve tanto forte che lo stesso **Savigny** non seppe decidersi *Besitzrecht* II §. 17 e furono contrari il **Rudorff** App. II al **Savigny**, il **Ruggieri** I §. 117 ecc. A noi pare una questione di fatto da decidersi volta per volta: non ostante che il luogo fosse pubblico o altrui, sia pure contro il divieto del proprietario, il cacciatore potè sempre impadronirsi del cignale? fu suo, se no no.

(29) Del resto non furono concordi gli stessi glossatori. È famoso l'aneddoto di Bulgaro che pensava non bastasse che l'animale cadesse nelle insidie ma dovesse essere preso dal cacciatore: cavalcando con un suo scolare trovò un

sì, tornando al caso concreto, tu avrai diritto d'agire contro di me, fossi pure io il proprietario del fondo, coll' *actio furti* se lo presi *lucri faciendi causa*, coll' *actio in factum* se mi limitai a restituirlo in libertà; se no, tu, pel semplice fatto d'aver posto il laccio, non hai pretesa alcuna da far valere contro di me, nè se l'occupai per divenire proprietario, nè se lo ridonai alla sua natural libertà (30).

Il passo di Proculo ci sembra tanto esplicito da non ammetter replica nè richieder conferma. Ve n'è però un secondo di Callistrato, che non può passarsi sotto silenzio (31): vi si riferisce un

cignale in una tagliuola; lo scolare, applicando l'idea del maestro voleva prenderlo, ma esso si oppose dicendo « Non muto opinionem, sed nolo quod acci- » *pias aprum*, non quia timeam iudicium futurum, sod scandala vel verba » (**Odofredus** in Dig. nov. ad l. 55 D. eod.) Cf. **Sarti** p. 35, **Savigny** *Gesch.* Cap. XXVIII §. 32 ecc. — Leggi la lunga e curiosa glossa ad v. *meam potestatem* ove si riferiscono discordanti opinioni di **Bulgaro**, di **Martino**, di **Giovanni**, di **Rogero**, di **Ugo** e di **Azone**.

(30) A noi del resto importa metter in sodo questo: che l'animale, venuto in potestà del cacciatore, diviene sua proprietà sia qualsivoglia il momento in cui ciò accade, qualunque sia il luogo e sia pure contro la volontà del proprietario. Non possiamo a meno di riportare a titolo di curiosità, poichè una discussione sarebbe fuori di luogo, la n. 26 p. 75 della monografia dello **Schütze** l. c. « Die folgenden Schlussworte *veluti responsum est, quum quidam poculum* » *alterius ex nave eiecisset* enthalten denn freilich eine recht traurige Analogie, » da die *naturalis laxitas* durchaus nicht passen will, und das Eigenthum am » Gegenstande eben nicht aufgehoben wird. Solte es daher ein zu kühner Vor- » schlag sein, statt *poculum* zu lesen *porculus* (Meerschweinchen, ein Fisch), » und diesen *porculus* lebendig sein zu lassen, so möchte ich einen Zusatz der » Compilatoren darin sehen » Vangerow l. c.

(31) L. 16 D. de servit. praed. rustic. VIII. 3.

Callistratus libro III de cognitionibus.

Divus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὐλογον ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἱξεύειν.

Id est non habet rationem vos in alienis locis invitis dominis aucupari (Mommson) o meglio l'antica versione non est consentaneum rationi, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium faciatis.

Vedi **Fernandez de Retes** nel tesoro del **Meermann** VII p. 542, il **Fabro** *Rationalia* ad h. l. III p. 223, l' **Elvers** *Die röm. Servitutenehre* p. 151. In se l'imperatore non dice nulla di nuovo ne' di contradicente: niuna delle leggi citate osta, nè la l. 3 D. quod vi aut clam XLIII. 24 nè la l. 13 §. 7 D. de iniuriis XLVII. 10 nè la l. 26 D. de furtis XLVII. 2. Solo manca di necessità; se non la si intende come facciamo noi, non c'è la *ratio dubitandi*.

rescritto d'Antonino Pio, col quale dichiarasi non esser consentanea ai principi del diritto la caccia dagli uccelli sui fondi altrui contro la volontà dei proprietari. Le miti parole dell'imperatore autorizzano a indurre che prima di esso, cioè per molti secoli, e i più importanti nella storia del diritto romano, niun freno era posto alla caccia degli uccelli o almeno che secondo la prevalente opinione e per l'invalsa consuetudine era lecito sprezzare il divieto dei proprietari. Il rescritto si limita a dichiarar contraria al diritto in tale circostanza cotesta specie di caccia: ma come non avvertire l'implicita esclusione delle altre? o forse per esse non era disconosciuto da alcuno il diritto dei proprietari di proibirle nei propri fondi? o il rescritto era provocato dai lamenti per la sola caccia degli uccelli più incomoda delle altre? o l'*ius prohibendi* dei proprietari non era per anche posto bene in sodo? o Antonino trovava nei lacci un elemento speciale, cioè un vero e non tanto fuggevole uso del fondo, costituente una determinata servitù, una precisa restrizione al libero esercizio del diritto di proprietà? (32) Ma a fil di logica non si potrebbe dubitare che se per gli uccelli, caccia più gravosa ai proprietari perchè più frequente, era venuto meno o non esisteva il diritto loro di proibire ai cacciatori l'ingresso nel fondo, tanto più dovea mancare per gli altri generi di caccia. L'imperatore avrebbe revocato in vita cotesto equo *ius prohibendi*, che concilia la libertà della caccia colle esigenze del diritto di proprietà, per la caccia degli uccelli, e i classici giureconsulti dipoi, ammettendolo senza controversia per ogni caccia o pesca, lo avrebber fatto passare nella legislazione di Giustiniano (33). Per noi importava dimostrare che la qualità di

(32) Una ragione appagante è che l'imperatore volesse riconoscere la possibilità di costituire come servitù il diritto d'entrare nel fondo. Ma ciò dipende più dal luogo ove i compilatori inclusero la legge, che dal suo stesso contenuto, sebbene sia più che probabile che non l'abbian posta lì a caso. In ogni modo non vediamo perchè ripugni al concetto di servitù. Il proprietario può proibire l'ingresso nel fondo a scopo di caccia: nulla di strano che esso rinunci a cotesta sua facoltà e ne costituisca una servitù a favore d'un altro fondo. Che se, come a noi non pare, esiste proprio l'incompatibilità sostenuta dall'**Elvers** l. c. fra la caccia e il concetto di servitù reale, allora nulla impedisce di considerarla come servitù irregolare, per far uso del termine omai consacrato dagli scrittori.

(33) Certo uno dei giureconsulti che ne trattano, **Gaio**, fu contemporaneo di Antonino Pio (131-168), ma al nostro assunto basta che niuno gli fosse anteriore. Anzi **Gaio** avrà tanto più fatto tesoro della costituzione del giusto imperatore.

proprietario non fa sorgere alcun diritto sulla preda e appunto anche nella ristretta cerchia della disposizione d'Antonino non si parla nemmeno del prodotto della caccia, nè vi si allude: per essa restano in vigore le regole antiche non mai disconosciute che siam venuti esponendo: l'occupatore cioè, per riassumerle, chiunque esso sia, ne diviene proprietario.

Nè diversamente Nerazio nella l. 14 D. de ac. rer. dom. XLI. 1: *... nec dissimilis condicio eorum est, atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt* (34); ove non si distingue se prese dal proprietario o no del fondo, se pescate da chi poteva dispor della riva, con o contro la volontà del suo proprietario (35): è una regola generale espressa colla più energica e completa sicurezza. Al medesimo risultato giunge anche Ulpiano sulle tracce di Pomponio e mirabilmente l'afforza: siam dinanzi a uno dei più eleganti frammenti del testo sul nostro tema ed è prezzo dell'opera soffermarci su di esso un momento. Se ne può dedurre che il principio della libertà della caccia si spingeva tant'oltre da dubitare se dovesse estendersi anche a animali non selvaggi, pei quali era ben giusto ammettere, come si ammise, una recisa eccezione (36).

Alcuni lupi (37) rapirono al mio pastore dei porci: un colono

(34) È degno di nota come il giureconsulto applichi col massimo rigore la regola dell'occupazione anche all'accessione, onde questo modo d'acquistare il dominio serva di prova di quello. Ecco infatti le precedenti parole di Nerazio: *Quod in titore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis...*

(35) Non si eccede nella illazione, perchè, data la precisione dei classici giureconsulti, non mancherebbe d'esser notata la importante restrizione.

(36) Del resto, tolto quello di cui siam per discorrere, tutti gli altri passi in proposito son chiari e concordi nell'eccettuare gli animali selvatici e i mansueti finchè conservano l'abitudine del ritorno.

(37) L. 44 D. de acquir. rerum dom. XLI. 1.

Ulpianus, libro nono decimo ad edictum.

Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nacti. cogitabat tamen, quemadmodum

del villaggio vicino inseguì i lupi e riuscì a strappar loro i porci, parte egli stesso, parte per opera di forti e robusti cani che teneva a guardia del suo gregge. Io, o per me il mio pastore, chiediamo al colono la restituzione dei porci: egli rifiuta, onde ricorriamo al parere del giureconsulto. Nell'esposto stato delle cose si disputa se i porci sieno rimasti miei o sieno invece divenuti del colono che gli ha tolti ai lupi, *quasi conseguenza dei principi regolatori della caccia*, poco importando di qual genere di caccia si tratti (38). A corollario di questo fondamentale, ecco i ragionamenti che si presentavano al pensiero di Pomponio. Gli animali, presi in terra o in mare, se riacquistano la loro libertà naturale, cessano dall'esser proprietà privata e ridivengono *res nullius*: che se vengono sottratti da animali di rapina, appena si cessi dall'inseguirli, gli è come se sieno tornati a cotesta natural libertà

terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui coeperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area tua aut ex agro nostro transtulit aut quod nobis eripuit? si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. sed putat potius nostrum manere tandiu, quandiu recipari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit. idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit. et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem. licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.

È una legge che la glossa stessa chiama elegante, ma che non ha avuto un adeguato commentatore. Noi dobbiamo limitarci a additarla ai lettori.

(38) È noto lo speciale significato della frase *genere quodam*. Il **Cuiacio** vi s'intraattenne a bella posta *emend.* IV. 8. Es. *genere quodam venditio inter servum et dominum contrahitur l. 10 D. pro emptore XLI. 4, genere quodam donatio l. 36 D. de stirp. serv. XLV. 3, quodam genere possessio l. 51 D. de acq. vel amitt. poss. XLI. 2 genere quodam parricidium ecc.* Però una vera caccia non poteva dirsi.

e debbono nascerne identiche conseguenze (39). E chi mai sosterebbe rimasto nostro ciò che un uccello trasvolando portò fuori dalla nostra aia o dal nostro campo o in altro modo ci rapì? (40) Dunque, se l'animale così sottrattoci si considera tornato alla sua libertà naturale, ove venga ritolto all'animale rapitore, diviene ancora del primo occupante, come, tornando d'onde l'argomentazione partì, il pesce, il cignale, l'uccello sfuggiti al nostro potere. Ma nonostante Pomponio si decide contro il colono, dichiara cioè che gli animali rapiti, i porci nel caso nostro, rimangono del loro proprietario, nostri cioè, finchè possano in qualunque modo recuperarsi. Non che ripudi quanto prima avea pensato degli uccelli, dei pesci e delle fiere, ma perchè è pur da tener conto delle regole del naufragio, in cui non cessa dall'esser nostro ciò che si perde o si getta via, ma chi se lo appropria è tenuto del quadruplo (41). In conclusione decide che i porci rapiti dai lupi rimangono nostri, finchè si possono recuperare, e ci compete quindi anche l'azione di furto. Ulpiano applica in modo più preciso tal risultato al caso concreto e riconosce oltre l'*actio ad exhibendum* preordinata a intentare la *rei vindictio*, anche le azioni di furto contro il colono, sia che perseguitasse i lupi coll'animo di rubare i porci, sia che tale intenzione non avesse, ma la mostri rifiutandosi a restituirli dopo richiesti. La ragione dunque per cui Pomponio e Ulpiano fanno traboccare la bilancia in favore del proprietario si è che l'essere un animale afferrato da una fiera, fin quando essa si possa catturare, non lo pone in libertà naturale (42): la si catturi prima o poi è certo che l'animale strappatole non è tornato mai in libertà. Se invece in realtà l'avesse recuperata, sfuggendo da sè stesso alla fiera, il proprietario non vi avrebbe più alcun di-

(39) Il ragionamento va bene, ma bisogna considerare i porci come animali selvatici, almeno restringendosi, come in quel punto del suo discorso fa il giureconsulto, alla teoria dell'occupazione degli animali: anche considerandoli come mansuefatti, al che s'accorda la *L. 2 §. 2 D. ad leg. Aq. IX. 2*, non torna bene il sillogismo. Ma è che uno dei termini del paragone non è quel dato animale rapito, ma in genere tutto quanto dalle bestie ci venga sottratto.

(40) Dipende dalla teoria del possesso: ciò che porta via l'animale esce dalla nostra disponibilità fisica, almeno dopo cessato d'inseguirlo.

(41) *L. 51 D. D. de acq. vel am. poss. XLI. 2*.

(42) Se ve lo ponesse ridiverrebbe *res nullius*: ma nei mansuefatti può subito dirsi che abbiano perso l'abitudine del ritorno?

ritto, come non ne ha, quando si fosse sottratta direttamente a lui. Ove cade in acconcio l'altro esempio classico dell'orso che, fuggito al suo padrone, cessa subito d'esser suo: se altri l'uccide, gliene appartiene il corpo (43), senza eccettuare il caso che l'uccisione avvenga in un fondo di quel suo antico proprietario (44).

Tanto chiare e unanimi decisioni delle fonti ci dispensano per amore di brevità dal riferire e discuter le altre (45). Regole identiche s'incontrano svolte con molta cura per le api, considerate dai romani, come abbiain già detto, quali animali selvatici. Anch'esse, come i pavoni e le colombe, sono di chiunque le prenda, sia pure nel nostro fondo, e le chiuda in un alveare: lo stesso dicasi dei favi, che ognuno può prendere e far suoi, sebbene si trovino nell'albero altrui (46). E le api stesse, chiuse nel mio alveare, seguono a esser mie, finchè conservano l'abitudine del ritorno, *quod si desierint revertendi animum habere* ridivengono del primo occupante, senza distinguere se sieno per avventura occupate in un fondo pur esso di mia proprietà (47).

Per concludere, dal detto fin qui risulta, che sugli animali, sieno terrestri o marittimi, presso gli antichi romani niuno aveva diritto, nè il proprietario del fondo su cui si prendono, nè del lido o della riva d'onde si pescano. A questa regola debbono farsi le tre sole seguenti eccezioni, che sarebbe meglio dire sue conseguenze o suoi corollari (48): 1° Chi abbia occupato in qualunque modo e in qualunque luogo uno di cotesti animali, lo fa suo, e suo rimane, finchè resti in suo potere, cosa da decidersi a seconda delle circostanze; onde niun altro può impadronirsene,

(43) L. 1 §. 10 D. si quadr. paup. IX. I.

Ulpianus libro octavo decimo ad edictum.

In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est.

(44) E lo stesso sarebbe se il proprietario avesse vietato all'uccisore d'entrarvi.

(45) Vedi sopra p. 5 n. 7.

(46) Vedi sopra p. 6 n. 11.

(47) Vedi sopra p. 5 n. 5.

(48) Perchè in essi manca uno degli elementi della *res nullius* o la inesistenza d'un proprietario e della libertà naturale, o della natural ferità.

senza commetter furto: ferirlo e inseguirlo non è ancora però averlo in nostro potere (49); 2° Gli animali mansuefatti di nostra proprietà, sebbene vadano via a intervalli, pure rimangon nostri finchè conservano l'abitudine del ritorno (50); 3° Gli animali domestici restano sempre del loro proprietario, onde su loro, prendendoli, si commette furto (51).

Il proprietario del fondo, omai ci par posto in sodo, non ha alcun diritto speciale di caccia o di pesca: i responsi delle fonti son tanto recisi da sembrare impossibile qualsiasi fondata contraria opinione. Rispetto agli animali selvatici, *res nullius*, oggetto di occupazione, esso in nulla prevale agli altri, nè il suo diritto altera le regole di cotesto modo d'acquisto. Ma è egli possibile, si dirà, che da questo lato i romani, sì gelosi custodi del diritto di proprietà, lasciassero il proprietario privo di qualsiasi modo per impedire che altri, sia pure a scopo di caccia o di pesca, entrasse nella cosa sua, e quindi in certo modo, per quando ristretto, ne usasse? Ecco l'ultima ricerca, con cui chiuderemo questa prima parte del nostro breve studio.

È probabilissimo che in origine la caccia costituisse una di quelle restrizioni al diritto di proprietà che i romani ammisero in buon numero (52), e la ritenessero tanto necessaria e naturale da non richieder neppure uno speciale ricordo (53). Essa dovè essere eredità della prisca civiltà italica (54): anche per Roma la caccia e la pesca per lungo tempo furono fonti precipue di sussistenza (55) ed è verisi-

(49) L. 1 §. 1 l. 3 l. 5 pr. §. 1-4 l. 14 l. 44 l. 55 D. de acq. rer. dom. XLI. 1, l. 1 §. 1, l. 26 D. de furt. XVII 2, Gaius II §. 67, §. 12-14 J. de rer. div. II. 1.

(50) L. 5. §. 5 D. de acq. rer. dom. XLI 1, l. 3 §. 15 D. de acq. poss. XLI 2, Gaius II. §. 68, §. 15 J. de rer. div. II. 1.

(51) L. 5 §. 6 D. de acq. rer. dom. XLI. 1, §. 16 I. de rer. div. II. 1.

(52) **Serafini**, *Ist.* §. 58 p. 157; **Arndts-Serafini** I §. 131 n. 1 e gli autori ivi citati. Ed è purtroppo a questo punto che alcuni vorrebbero tornare anche oggi, sacrificando del tutto il diritto di proprietà.

(53) Lo stesso favore con cui pur negli ultimi tempi fu regolata la caccia è prova che tali doverono esser gli inizi.

(54) È noto che la civiltà romana è un seguito della latina in tutte le sue parti, vedi il **Vannucci**, *Storia dell'Italia antica* e gli autori ivi citati, il **Mommsen**, RG. e in genere tutti gli storici di Roma.

(55) **Marquardt**, *Privatleben* II p. 21 sgg.

mile si ritenesse necessità superiore e sociale non limitarne per nulla l'esercizio. Chiunque vi si fosse opposto, avrebbe fatto cosa non giusta e sarebbe stato passibile dell'azione d'ingiuria *iniuriarum actio*, prescindendo dal modo diverso onde nei vari tempi la si sarà fatta valere (56). In quanto alla pesca il principio presentava minori inconvenienti e si mantenne più a lungo: per trovare una restrizione bisogna scendere sino all'imperator Leone, che dichiarò i lidi proprietà dei privati confinanti (57). Sin allora il mare e le sue rive, i fiumi e la pesca dalle loro sponde (58) rimasero pubblici, e a ciascuno fu permessa talmente libera, che l'*actio iniuriarum* dovè avervi la più larga applicabilità: solo a modo di ristrettissima eccezione patti privati avrebbero potuto alterare questo stato di cose (59). Nè per la caccia doverono insorgere serie difficoltà, finchè l'*ager publicus* fu tanto esteso e la proprietà dei peregrini non riconosciuta (60). L'*actio iniuriarum* dovè pure esser concessa a chiunque fosse impedito di cacciare, purchè, s'intende, non arrecasse alcun guasto ai fondi (61). Ma quando la proprietà privata per tante ragioni si estese, dovè apparire eccessiva questa restrizione, e divenne necessario trovare un rimedio che salvasse il principio della libertà della caccia e tutelasse i proprietari un po' più: si ricorse al solito sistema progressivo e conservatore a un tempo, che costituì la grandezza del diritto romano, e alla solita continua e lenta prevalenza dell'equità sulle rigorose regole dello stretto diritto, o chiuse nella parola severa della legge o rappresentate dagli antichi costumi. Ai tempi d'Antonino Pio l'antica regola sembra fosse tuttora in vigore, come

(56) Nei luoghi pubblici dovè rimaner sempre, nè alcun testo vi si oppone: anzi in ciò l'esempio della pesca non è pura analogia, ma una vera conferma.

(57) L. 4 pr. l. 6 §. 1 D. de div. rer. 1. 8, §. 1. 2. 4. d. de div. rer. II. 1 l. 13 §. 7 D. de minur. XLVII. 10.

(58) Nov. LVI di Leone l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. XLIII. 8.

(59) L. 13 §. 7 l. 14 D. de iniur. XLVII 10, l. 13 pr. D. comm. praed. VIII. 4 Bas. LIII 6. 13 LX 21. 13 sc. 11.

(60). Per la storia dell'*ager publicus* e in genere della proprietà vedi **Mommsen** *Rechtsgesch. Mainz Cours* I p. 49-53, 682-692, **Serafini** Ist. p. 159-162 e tutti gli storici di Roma e in specie i romanisti.

(61) Ve n'è un preciso ricordo nei basilici LX. 21. 13 sc. 13 οὐτε ἔξεστιν τις δύναιται κωλύειν. (neque aucupari quis prohiberi potest).

si può trarre dalla testimonianza di Callistrato (62): infatti i giuriconsulti che ricordano e svolgono il ripiego cui alludiamo gli son tutti posteriori (63).

Il ripiego trovato fu il seguente: la caccia riman libera, ma il proprietario ha il diritto di opporsi a che altri, sia pure a tale scopo, entri nel proprio fondo. *Plane qui in alienum fundum*, dicono a più riprese le fonti e lo ripetono riguardo alle api, *ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur* (64). Tutto il diritto del proprietario si riduce dunque a poter proibire l'ingresso nel proprio fondo: che se però, non ostante il divieto, il cacciatore vi entrasse e facesse preda di qualche animale, a lui spetterebbe senz'altro (65). E infatti con quale azione potrebbe esso ripetersi o ripetersene il valore? non colla *rei vindictio* nè colla *condictio furtiva*, mancando la proprietà che è loro necessario e indeclinabile substrato (66), non colle azioni di risarcimento non costituendo un danno pel fondo (67). Del resto lo stesso ingresso a scopo di caccia non poteva respingersi con alcuna azione attinente alla proprietà, ma solo con un mezzo giuridico che prendesse piuttosto di mira il dispregio del divieto (68). Delle due azioni ricordate a proposito della preda è superfluo parlare: la stessa *negatoria* senza la precedente proibizione del proprietario non potrebbe applicarsi mai, contro essa solo per eccezione, quando cioè il cacciatore pretendesse a una speciale servitù del fondo (69): nè gli

(62) Vedi sopra p. 12 n. 31. Non ostano, anzi giovano la *L. 1. §. 1 Di comm. praed VIII 4i l. 4. 6 §. 1 l. 36 D. de S. P. R. VIII 3, . 8 pr. D. de serv. VIII 1, l. 3 pr. D. de aqua XIV 20 Cf. Puchta Pand. §. 183 n. c.*

(63) Vedi sopra p. 13 n. 33.

(64) §. 12. 14. *I. de rer. div. II 1, l. 3 §. 1 D. de acq. rer. dom. XLI. 1, l. 5 §. 3 D. eod. l. 13 §. 7 D. h. t. XLVII 10, Gaius II §. 67. — Potrà proibirlo anche colla forza? Cicero pro Cecinà 8, l. 3 §. 9 D. de vi XLIII 16.*

(65) È quanto risulta dai passi esaminati sopra e lo pensano quasi tutti gli scrittori.

(66) Gli animali selvatici sono *res nullius*.

(67) Che se al fondo ne provenisse un qualunque danno non vi sarebbe dubbio v. *l. 22 §. 3 D. quod vi aut clam XLIII 24.*

(68) O almeno sarebbe bisognata un'azione speciale sorta dalla cosa in se, cioè un *actio in factum*.

(69) Vedi sopra p. 13 n. 32. Qui ci si aprirebbe il campo a una grave questione, che pel nostro tema però avrebbe poco interesse. Infatti per noi, anche

interdetti possessori servirebbero all'uopo, non costituendo la caccia un attentato al possesso (70). Rimarrebbe l'interdetto *quod vi aut clam*, il cui uso sarebbe certo il più logico, ma un passo esplicito di Venuleio riferisce la contraria recisa sentenza di Labeone (71): e, notisi bene, non pel caso del semplice ingresso nel fondo (72), ma per quello in cui siasi violata l'espressa proibizione del proprietario (73): l'interdetto insomma, tolto il caso di danni speciali, non è applicabile mai.

Unica possibile rimaneva l'*actio iniuriarum* e fu concessa

ammessa la possibilità dell'*actio negatoria*, non sono scossi i principi riguardanti la caccia. In ogni modo crediamo che per intentare la *negatoria*, non sia necessario una vera servitù, ma nel caso della caccia non si avrebbe tutto al più che un attentato accidentale alla libera disponibilità della cosa, il quale non basterebbe a promuoverla. E poi la caccia e la pesca sono permesse: il proprietario ha l'*jus prohibendi* e solo per effetto di esso l'ingresso nel fondo a quello scopo diviene illecito. Dunque prima della proibizione l'ingresso è cosa lecita e non si può parlare di mezzi giuridici per respingerlo, dopo si ha una violazione dell'*jus prohibendi* fonte d'un rapporto personale. Vedi lo **Schütze** l. c. p. 87, l'**Arndts-Serafini** l. c. I §. 169 n. 2, il **Vangerow** l. c. §. 353, lo **Schmid** l. c. §. 17 p. 380, il **Serafini** l. c. §. 76, il **Fritz** p. 366, il **Brinz** l. c. I §. 67, l'**Hasse** *lahrb. für Dogmatik* VIII 4 ecc.

(70) Basta adattare a questo nuovo modo giuridico gli argomenti svolti nella precedente nota.

(71) L. 22 §. 3 D. *quod vi aut clam* XLIII 24.

Venuleius libro secundo interdictorum.

Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamen teneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiam is, qui dumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur.

(72) Lo mostra il contrasto fra le due parti. Se **Labeone** giungeva a conclusione contraria di **Trebazio** perchè si trattava non di trasporto di sterco ma di semplice passaggio o di caccia, debbono di necessità rimaner fermi gli altri estremi fra cui l'*id te facere vetuissem*. E poi se mancasse la proibizione, e il danno o la trasformazione, sarebbe assurdo parlare di interdetto *quod vi aut clam*.

(73) A proposito della frase *avem egerit*, ove il **Mommsen**, senza l'appoggio d'alcun manoscritto, è strano voglia sostituire *bovem egerit*, è degno di nota che la caccia lanciando il falco appar conosciuta anche ai romani. Lo negò il **Budeo** ma lo ammise il **Gotofredo** *ad h. l.* sull'autorità di **Marziale** 14 ep. 216. — Non v'è contrasto colla l. 18 D. eod. perchè in essa si parla di *damnum*, in questa di *opus*.

al proprietario contro chi, sprezzando il suo divieto, fosse entrato nel fondo (74). Così in cotesto caso s'invertirono le parti: l'*actio iniuriarum* che in antico sarebbe spettata al cacciatore contro il proprietario, spettò ora a questo contro quello. Nel resto rimasero intatte le regole primiere, intatte del tutto pel mare, pei lidi suoi e pei fiumi di pubblico dominio (75). Ed anche quando il proprietario poteva intentare l'*actio iniuriarum*, non vi si calcolava mai la cacciagione e il suo prezzo, chè altrimenti sarebbesi considerata, contro la sua natura, proprietà del padrone del fondo, o almeno concorrente a costituirne il valore (76). Essa rimane del cacciatore come *res nullius* e quindi del primo occupante: il proprietario *iure* poteva solo, lo ripetiamo, proibirgli l'ingresso nel fondo, e contr'esso, se non ostante si fosse avverato, agire *iniuriarum* e

(74) Alcuno pure ammettendo la cosa in principio ha negato l'ammissibilità dell'*actio iniuriarum* p. e. Ortolan l. c. I. p. 358, che si basa su una semplice analogia. Ma per noi la l. 13 §. 7 D. cit. è ben più che un testo analogico: ben intesa l'ammette pel caso nostro. Ecco anch'essa:

L. 13 §. 7 D. cit.

Ulpianus, libro LXVII ad Edictum.

Si quis me prohibeat in mari piscari, vel everriculum (quod Graece σαρύνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicium possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius. et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei domini est utique piscari aliquem prohibere possum. In questa legge si domanda a chi spetti l'*ius prohibendi* e quali siano le conseguenze per chi lo violi o lo usi senza diritto: per questo secondo caso si riconosce in modo il più chiaro la intentabilità dell'*actio iniuriarum*, onde di logica necessità che il giureconsulto la riconosce pel primo.

(75) Vedi del resto p. 7 n. 12 e 13.

(76) Non si dee calcolare che la violazione del divieto.

ottenere la *conditio* del pretore, la quale, come ognuno sa, poteva, a seconda delle circostanze, divenire ben grave (77).

Ma se le fonti sono sì chiare e concordi, come si è potuto sostenere la contraria opinione? Soprattutto riferendosi ad alcuni passi, il commento del primo dei quali è più speciale proposito nostro. Ci sarà agevole mostrare come neppur essi si oppongono ai principi che abbiamo avuto cura d' esporre fin qui e che si riassumono nei due seguenti: 1.° Il proprietario del fondo ha il solo diritto di proibirne l'ingresso al cacciatore. 2.° La preda, come e in quanto occupazione di *res nullius*, cede sempre in proprietà del primo (cacciatore) occupante.

II.

L. 62 D. de usufructu VII. 1.

Tryphoninus, libro septimo disputationum.

Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur (1): *nec aprum aut cervum quem ceperit proprium domini capit, sed aut fructus iure aut gentium suos facit* (2) §. 1. *Si vivariis inclusae ferae in ea possessione cu-*

(77) Ci basti rimandare al **Maynz** l. c. II §. 272 p. 470-470 ov' è un quadro chiaro e preciso di quest'azione, tanto come effetto della legge Cornelia che come difesa dell' editto del pretore. Nella nota 28 si considera appunto il caso della caccia e si mostra come i romani lo ravvisassero quale una violazione della personalità cioè dell' *ius prohibendi*.

(1) Sebbene niun manoscritto lo abbia, pure il giro del periodo rende necessario ammettere un *posse* prima di *possessionis*. Il **Mommsen** lo deduce dai Basilici (supp. dello **Zaccariae**): *Οηρεύειν ὁ τήν χρήσιν ἔχων δύναται* XVI. 1. 62 e dallo scolio di **Stefano** *Δύναται ὁ οὐσουφρουκτουαρίου δηρᾶν τε καί...* — È noto poi che i copisti non usavano scrivere due volte le stesse sillabe di seguito e appunto *posse* è la prima parte di *possessionis*.

(2) I diversi manoscritti hanno varie e astruse lezioni: la Fiorentina ha *fructus aut iure aut gentium*, nel codice 4454 di Parigi (1.^a lez.) e nel 1406 vaticano leggesi *fructus aut iure aut gentium*, nel codice di Padova e in quello di Lipsia *fructus aut iure civili aut gentium*, nei citati di Parigi e nel vaticano (2.^a lez.) *fructus aut iure civili aut iure gentium*: le due ultime versioni erano quelle seguite in antico. La moderna, oltre essere suggerita dal tema stesso, si trae dallo scolio di **Stefano**: *αὐτοῦ γίνεται τοῦ οὐσουφρουκτουαρίου, τοῦτο μὲν τῇ δικαίῳ τοῦ οὐσουφρούκτου, τοῦτο δὲ καὶ φυσικῇ τῶν κτήσεων λόγῳ*.

stodiebantur, quando usus fructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? (3) alias si quas initio incluserit operis suis vel post sibimet ipse inciderint delapsaeve fuerint, hae fructuarii iuris sint? (4) commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem ius incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum finito usu fructu domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti usus fructus tempore (5).

L. 26 D. de usuris XXII. 1.

Julianus, libro sexto ex Minicio.

Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet (6).

L. 9 §. 5 D. de usufructu VII. 1.

Ulpianus, libro septimo decimo ad Sabinum.

Aucupiorum quoque et venationum redditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum (7).

L. 22 pr. D. de instr. legat. XXXIII. 7.

Paulus, libro tertio sententiarum.

Fundo legato « ut optimus maximusque est » retia apraria et cetera venationis instrumenta continebuntur: quod etiam

(3) La frase *exercere feras* ha dato sempre molto a pensare per la sua dubbia latinità. Fu recata a prova d'interpolazione di **Triboniano** Secondo **Aecursio** avrebbe voluto dire *cum feris ludere* e lo approvò **A. Dadinus Altesserra** ad Triph. lib. VII disput. ad l. 62, interpretando « eas dumtaxat agitare delectationis causa »: il **Noodt observ.** I. c. 10 intende coi più « Feras habere ex quibus quaestum capiat, salva earum substantia » cf. l. 4. §. 2 D. de edendo II. 13, l. 1 §. 5 D. nautae caup. stab. IV. 9, l. 1 §. 15 D. de exerc. act. XIV 1, l. 13 §. 5 D. de usuf. VII 1, l. 12 D. de instr. et instr. legat. XXXIII 7, Columella de rust. IX 1 ecc. Vedi il **Forcellini** ad h. v.

(4) Le parole *occidere non possit* e *initio* sono omesse in alcuni manoscritti. Secondo il **Mommsen** *initio* o si dovrebbe cancellare o bisognerebbe sostituirlo con *inibi*. E in verità pare anche a noi.

(5) Sulla strana costruzione della legge vedi più sotto p. 44 n. 3 e sgg.

(6) **Cuiacius** lib. VI ex Minicio, **Noodt de usuf.** c. 7, **Cocceius ius contr.** VII t. 1 q. 11, **Elvers** l. c. 52 n. r., **Glück** l. c. IX 203, **Corrasius Miscell.** 5, **Augustinus Bern**, in c. *gravis* n. 16 de *restit. spol.*, **Mediceus de venatione** q. 16, **Gothofredus** ad h. l.

(7) **Cocceius** l. c. **Glück** l. c.

ad instrumenta pertinet, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat (8).

Paulus, sententiarum §. 22. III. 6.

Accessio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi non est, non pertinet: venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinet (9).

I Basilici sgraziatamente non hanno se non gli ultimi versi del passo di Trifonino, che ne ripetono però con molta chiarezza uno degli insegnamenti:

L. 62 Bas. de usufructu XVI. 1.

... ζεται . οσα δὲ αὐτός ἐνέκλεισεν, ἢ αὐτομάτως ἐνέπεσεν μετὰ τὴν σύστασιν τῆς χρήσεως, αὐτοῦ γίνεται (10).

Il frammento di Giuliano v' è inserito quasi identico:

L. 26 Bas. de usuris XIII. 3.

Ἡ θήρα καρπὸς οὐκ ἔστι τοῦ ἀγροῦ, εἰ μὴ ἐξ αὐτῆς ὁ καρπὸς αὐτοῦ συνίσταται (11).

E hanno una certa importanza anche gli scoli:

Τὰ ἐκ τοῦ ἀγροῦ θηρεύμενα οὐ ψηφίζεται ἐν καρπῷ . πλήν εἰ μὴ ἄρα ὁ καρπὸς τοῦ ἀγροῦ ἐκ τῆς θήρας συνίσταται τοῦτ'

(8) Cf. l. 69 §. 3 D. de legat. I., l. 93 §. 4 D. de legat. III, *Paulus* Rec. sent. III 6 §. 47.

(9) Questa è la lezione comune riprodotta dall' *Huschke Jurisprud. anteiust.*, ma suona diversa in altri. P. e. nello *Gneist Syntagma* 2.^a ediz. p. 357 leggesi: *Accessio ab alluvione ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet; venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinent.* Glück l. cf. l. 9 §. 4 D. h. t. Noodt l. c., *Bynkershoek Obser. iur. rom.* V. 7 (Vol. II p. 74), *Merillus Observ.* V 10, *Pagenstecher Iur. Pegasian.* p. 29.

(10) Nel supplemento dello *Zachariae* è completa: *Θηρεύειν ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων δύναται ἐν τοῖς ἔλεσι καὶ ὄρεσι καὶ τὸ λαμβανόμενον αὐτοῦ γίνεται.* Venari usufructuarius potest in paludibus et montibus et quod capit eius fit. (Heimbach) segue il §. 1 con un lungo scolio di *Stefano* in nulla diverso dalle Pandette: la fine concorda coll' *Heimbach*: *Quas vero ipse incluserit vel sua sponte inciderint post constitutum usumfructum, ipsius sunt.* L' *Heimbach* osserva che nel codice di cui ha usato sembrava dire piuttosto οὐ δύναται, onde si vede come tutto il passo abbia poco valore.

(11) *Venatio fructus fundi non est, nisi ex ipsa fructus eius constet* *Heimbach.*

εστιν, εἰ θήρας ἔχει τὴν πρόσδοον ὁ ἀγρός. ὥστε οὔτε ὀφικίω τοῦ δικαστοῦ μετὰ προκάταρσιν ἀποκαθίστανται (12).

Ἄλλὰ καὶ αὐτὰ. Ἀνάγνωθι καὶ κεφ. ἡ καὶ λδ'. ἐν τίλει, καὶ βιβ. β'. τιτ. β'. κεφ. κβ'. κγ'. ἀναγκαῖον (13).

Nè meno reciso vi si legge il passo d' Ulpiano :

L. 9 §. 5 Bas. de usufructu XVI. 1.

Ἀνῆκει αὐτῷ καὶ τὰ ἰζευμένα, καὶ κυνηγούμενα, καὶ ἡ ἀλεία (14).

Ecco infine la legge di Paolo :

L. 21 pr. Bas. de instr. vel instr. leg. XLIV. 10.

Καὶ περὶ τοῦ, ἐνά ἀγρός ὡς κάλλιστος καὶ μέγιστος λυγατευδῇ πῶς περιέχεται τὰ λίνα καὶ τὰ λοιπὰ τῆς θήρας ἐργαλεῖα (15).

Su questi passi e più di tutti su quello di Trifonino si fondano i moderni dubbi e si vuol dedurne l'esistenza d' uno speciale diritto di caccia a favore del proprietario (16). Se il giureconsulto riconobbe all' usufruttuario il diritto di caccia vuol dire che, prescindendo da tale sua qualità, non gli spetterebbe, anzi che pur come usufruttuario potevasene dubitare. E quando aggiunge che la preda, esempio il cervo o il cignale, riman sua, con quella frase *proprium domini non capit*, fa capire che, se fosse un estraneo, non gli spetterebbe, ma rimarrebbe del proprietario del fondo, che potrebbe pretenderla o colla stessa *rei vindicatio* o con una *rei vindicatio utilis*. D' onde anche si trarrebbe che, almeno nel classico diritto romano e nel giustiniano, gli animali selvatici si occupano per diritto delle genti nei luoghi pubblici: nella proprietà privata invece il diritto civile prevale e fa sì che divengano prodotto, quasi frutto, del fondo: il proprietario però, permettendo ad altri la caccia, espressamente o tacitamente, spontaneamente o necessariamente, può rinunciare a cotesta conseguenza del suo diritto, facendo rivivere la regola *iuris gentium*. A ciò si riferisce l' ultima parte del proemio,

(12) *Quae ex venatione in fundo capiuntur, fructibus non adnumerantur: nisi fructus fundi ex venatione constet, id est, nisi fundi redditus in venatione consistat. Itaque neque officio iudicis post litem contestatam restituuntur Heimbach.*

(13) È uno scolio alla parola *fructus* del passo riportato alla n. 12: *Sed causa: lege et cap. 9 et 34 tit. 2 e lib. 2 cap. 22. 23 necessarium*, nei quali luoghi si parla delle accessioni, e dei parti delle schiave e degli animali.

(14) *Ad eum pertinent etiam aucupia, et venationes et piscatio. Heimbach.*

(15) *Et de eo, si fundus ut optimus naximusque legatus fuerit, quomodo retia et cetera venationis instrumenta contineantur. Heimbach.*

(16) Vedi gli autori citati alla p. 3 n. 2 e alla p. 4 n. 3.

ove è detto che il prodotto della caccia è dell'usufruttuario *iure fructus* o *iure gentium*, per diritto di frutto, perchè tale diviene per l'*ius civile*, massime rispetto all'usufruttuario, o, se meglio piace, per diritto delle genti, cioè per occupazione, perchè il proprietario non può opporsi contro lui alla pura applicabilità del diritto delle genti. Ma la volontà del proprietario può far sì che certe fiere, certi uccelli, certi pesci, certe api, chiusi e custoditi in appositi luoghi, cessino dall'esser frutto del fondo, o oggetto d'occupazione ove s'applicasse il diritto delle genti, e ne divengano un capitale o di produzione o di diletto. Anche su di essi allora graverà l'usufrutto: dell'usufruttuario saranno l'uso, e i frutti, che ne provengano, prole e qualsivogliano altri. Che se egli v'includeva altri animali o v'andessero a cader di per se, per la regola generale già nota, diverrebbero suoi propri. Veduta però la difficoltà di determinare quali e quanti capi vi si trovassero sino dalla costituzione dell'usufrutto e quali e quanti vi fossero entrati a tempo dell'usufruttuario, piegando il rigore del diritto alla necessità della pratica, si stabilì che dovessero rendersi tanti capi per ogni genere, quanti ne erano stati consegnati al principio dell'usufrutto.

Così Trifonino proverebbe che nel diritto romano il proprietario aveva un vero e proprio diritto di caccia, e che la teoria dell'occupazione valeva solo fuori della proprietà privata o almeno sol d'accordo colla volontà del proprietario. Quel diritto di proibire l'ingresso nel fondo includerebbe in se anche quello sulla caccia, che potrebbe essere rivendicata contro l'occupante, senza pregiudicare le altre azioni per avventura spettanti al proprietario. Che se Antonino Pio proibì di por lacci contro il divieto dei proprietari lo fece per riparare a un abuso invalso o per confermare una regola violata di frequente, e i compilatori ne riferirono il rescritto per insegnare che poteva formarsene una servitù. Egli del resto non parla del prodotto della caccia, sulla cui proprietà spettante al proprietario non potea cader dubbio, ma dell'atto stesso del porre i lacci da impedirsi senza il permesso dei proprietari.

L'opinione di Giuliano che la caccia non è un frutto in senso tecnico non esclude che appartenga al proprietario, come gli appartiene quanto si trova al disopra o al disotto della superficie, o quanto al fondo s'unisce, senza che ciò sia sempre e soltanto per ragione di frutti. E l'aggiunta di Paolo e d'Ulpiano che il reddito della caccia e della pesca appartiene all'usufruttuario, non esclude sien suoi anche gli animali altrimenti predati. Forse quei giure-

consulti volevan fare una distinzione non priva di significato pratico nell'usufrutto: il reddito della caccia e della pesca costituirebbe un frutto, e, secondo le regole generali, dovrebbe calcolarsi fra usufruttuario e proprietario: l'esercizio della caccia e della pesca costituirebbe un uso del fondo, spettante del pari all'usufruttuario, il quale così sospenderebbe il diritto del proprietario, e farebbe sua la preda occupandola pel proprietario stesso e ritenendola per *traditio brevi manu*; onde ne nascerebbe una figura giuridica speciale. Il passo di Trifonino potrebbe accordarsi anche con essi quando al caso del *reditus* si riferisse l'*iure fructus* e al caso dell'esercizio della caccia e della pesca l'*iure gentium*: in ogni modo poi vi sarebbe sempre concordia nella sostanza.

Anche se tali ragionamenti non si prestassero a forti obiezioni, non cambieremmo d'idea; la proprietà della preda non è mai del proprietario, perchè tale. Una teoria, conforme ai principi generali del diritto romano, suffragata da passi espliciti e numerosi delle fonti, non può essere abbattuta da pochi frammenti abbastanza dubbi e relativi ad essa solo in via indiretta. Anche se il passo di Trifonino, sorretto dagli altri qui sovra trascritti, dimostrasse la tesi contraria, dovremmo respingerlo, ritenerlo smentito dalla grande maggioranza dei classici giureconsulti e rimaner fermi alla dominante opinione.

Ma speriamo dimostrare che Trifonino non ci è contrario, ma anzi d'aiuto: non possiamo esimerci però dal riferire alcune altre, le principali per non andar troppo in lungo, fra le spiegazioni tentate sino a' dì nostri.

III.

1. La Glossa alla parola *dicitur* di Trifonino (1) commenta così: *Si fructus talium possessionum in venatione consistat ut de usuris l. venationem*. In altre parole l'usufruttuario *venari probe dicitur* nei fondi gravati dalla servitù sol quando il loro frutto consista nella caccia, cioè in un caso molto eccezionale: ne risulterebbe la regola, che l'usufruttuario non avrebbe il diritto di cacciare o almeno, nell'ipotesi più mite, potrebbe esserne impe-

(1) Ad l. 62 pr. D. de usufr. VII. 1.

dito dal proprietario. Però la Glossa pare contraddica a se stessa; poco sotto alla parola *civili* (2) dice: *Ususfructus, scilicet ratione quem habet*, e alla parola *gentium*: *Quo cavetur ut qui coeperit, fiat dominus occupatione, ut instit. de rer. div. §. ferra* (3). Qui sembra riconosciuto all'usufruttuario senza eccezione il diritto di divenir proprietario della preda per occupazione. Ma siccome la Glossa magna non è che un accozzo di opinioni, forse quella riferita alla parola *dicitur* fu speciale a un glossatore. Nè l'ipotesi è arrischiata; altrove se ne trova un accenno: al §. 13 I. de r. d. II. 1, dopo avere a torto affermato che la preda, fatta in onta al divieto del proprietario d'entrare nel fondo, non spetta al cacciatore, si legge: *Additio: dic istud verum secundum Ang. si fructus fundi consistebant in venatione, alias secus ut tenet gloss. in l. Divus D. de serv. urb. praed. et in l. 3 de acq. rer. dom. quamvis Por. sequatur hanc glossam* (4). Insomma fra i glossatori alcuni rinunciarono a conciliare Trifonino colla vera regola, sostenuta pure da noi, altri distinsero sempre se il frutto del fondo consisteva o no nella caccia. Anche questo secondo modo di vedere però, spinto alle sue ultime conseguenze, ognuno comprende a quali insolubili difficoltà vada incontro (5).

2. Gerardo Noodt, colto giureconsulto, in più luoghi delle sue opere tratta del nostro argomento (6). Il suo modo di vedere ci sembra possa riassumersi in poche parole. I prodotti della caccia e della pesca non sono frutti: l'usufruttuario non può farli suoi, perchè, oltre l'uso del fondo, non ha altro diritto che quello d'appropriarsene i frutti. E se non gli fa suoi, a chi altri dovrebbero spettare se non al proprietario? Se trattasi di usufrutto costituito per testamento, allora la caccia può comprendersi nell'*instrumentum legatum* (7), che, salvo volontà contraria espressa del testa-

(2) Eodem loco.

(3) In luogo di *scilicet* in alcune copie dice *seu*.

(4) Quindi più che al **Cuiacio** questa errata opinione risale ai glossatori.

(5) Perchè secondo essi quando il frutto del fondo consisteva nella caccia non era considerato frutto per certe speciali ragioni di equità, ma in tutta l'estensione del termine e, come tale, spettava al proprietario o a chi avesse diritto ai frutti. Allora si avrebbe una vera eccezione alla teoria dell'*occupatio*, mentre da cotesto punto di vista eccezioni non vi sono.

(6) **Noodt**, *De usuf.* I. c. 2, 7 *observ.* I. c. 10, 11.

(7) L. 11, l. 12, 13 D. de instr. vel instr. legat. XXXIII. 7.



tore, s'intende compreso nell'usufrutto. — Dunque vi sono eccezioni e Trifonino ha inteso dire che l'usufruttuario può andare a caccia e prendere la preda *non sempre* pel proprietario (8). — In sul finire del proemio la parola *fructus* ha un altro significato: v'indica la prole degli animali che pure in altri luoghi si trova designata egualmente (9). Intesa in tal modo e dato alla particella *aut* conveniente senso e comune presso i latini (10), vi si insegna che l'usufruttuario gli fa suoi (11) o per diritto civile o per diritto delle genti, come meglio si voglia, cioè e per l'uno e per l'altro: per l'uno, essendo indole della servitù personale d'usufrutto che i frutti spettino all'usufruttuario, per l'altro occupandoli esso colla volontà di farli suoi. Nel §. 1. si applicano questi principi: gli animali dei vivari e dalle piscine sono e rimangono del proprietario: i loro parti spettano all'usufruttuario. Se egli ve ne include dei nuovi sarebbero suoi e cesserebbero d'esser del proprietario quelli morti o fuggiti per caso fortuito; ma per la difficoltà di distinguere capo per capo gli uni dagli altri, sull'esempio di casi somiglianti (12) Trifonino decide che debbano restituirsi tanti quanti ne furono consegnati al principiare dell'usufrutto. Negli altri passi poi, ove si parla di *quaestus* e di *reditus* della caccia si accenna sempre ai parti degli animali che si considerano frutti e quindi spettanti all'usufruttuario (13). Per quanto ingegnose, ognuno comprende di leggieri

(8) Però dopo spiega meglio « nam si non sit vivarium »: troppo ristretta l'eccezione, ma in ogni modo non ve n'è accenno nel testo.

(9) Manilius lib. IV « In iugulumque dabit fructus et mille per artes Vellera, diversos ex se parientia quaestus ». Cf. l. 28 D. de usuris XXII, 1 e Varrone *de re rustica* III, 2.

(10) Forcellini, ad 4. v.

(11) Ed anche per diritto delle genti gli animali selvatici *res nullius*, e per diritto civile la loro prole, cioè i frutti.

(12) Cf. l. 1. §. 3, l. 3 pr. l. 23 §. 5, l. 49, §. 1 D. de rei vind. VI. 1 §. 18. I. de legat., l. 22, l. 30 D. de legat. I, l. 30 D. de usurp. et usuc. XLI. 3. — Accursio, ad h. l. citava l. 13, §. 1. D. de reb. cred. XII. 1, l. 9 §. 3. D. de usufr. VII 1, l. 19 §. 1 D. de cond. ind. XII 6, l. 78 D. de solut. XLVI. 3.

(13) Invece altri p. e. il Glück, l. c. IX p. 202 segg. sostengono che si parla solo della mercede pagata dal conduttore quando la caccia o la pesca sien date in affitto. Cf. Toullier, *Collect. iuris* IV, 7, p. 204; Cocceius, l. c.; Cf. Emminghans, ad h. l. II, pag. 10 segg.

come tali proposte non possano accettarsi. Omai la lezione della *Florentina*, ammessa da tutti, ne fa certi che la parte saliente della interpretazione del Noodt, quella che intenderebbe per frutti la prole degli animali, manca di base (14). E in ogni modo sarebbe strano che il giureconsulto avesse parlato d'un caso sì raro, come strano che vi si riferissero i passi affini (15). Nè v'è accenno al *non sempre* supposto dal Noodt nelle parole *nec aprum vel cervum quem ceperit proprium domini capit*, nè potrebbe accordare l'intera interpretazione con alcuna teoria logica e ben definita intorno alla proprietà della preda nella caccia, di cui ci occupiamo (16).

3. Per Samuele Cocceio la l. 26 D. de usuris. XXII. 1 tratta del possessore di buona fede: per lui il prodotto della caccia e della pesca non è frutto, perchè frutti ch'egli acquista son quelli soltanto i quali nascono *iure soli et ex re: fera autem*, egli aggiunge, *non ex re oritur* (17). In conseguenza, rivendicato il fondo, il possessore di buona fede deve restituire i prodotti della caccia *quia tantum iure soli fructus suos facit*. All'usufruttuario invece spettano tutte le utilità provenienti dal fondo (18), entrino o no nel concetto di frutti: tale l'idea di Trifonino, che non risolve la questione, ma la dichiara superflua: l'usufruttuario, secondo il Cocceio, fa sempre suo il prodotto della caccia, o si voglia che ciò avvenga per usucapione, cioè per diritto delle genti, o come conseguenza dell'usufrutto, cioè per diritto civile (19).

4. Il Bacovio (20) distingue la facoltà di cacciare dall'animale catturato. Quella spetta all'usufruttuario, fa parte del godimento del fondo, nè il proprietario può opporvisi, come altrimenti ne avrebbe facoltà: questo invece è del proprietario. Basta leggerlo,

(14) Vedi sopra p. 23 n. 2.

(15) Nei quali non avrebbe senso l'escludere il caso che la caccia e la pesca costituiscano il prodotto del fondo.

(16) Vedi più sotto p. 44 e sgg.

(17) L. c. VII. 3. 41.

(18) Del resto per lui si tratterebbe nella l. 26 D. de usuris XXII. 1 del possessore di buona fede, mentre il Glück, l. c. a ragione la riferisce se mai al possessore di mala fede, argomentando dalle l. 56 e 60 D. de rei vind. VI. 4.

(19) Il Cocceio, l. c. riferisce che altri, decidono sempre per l'usufruttuario.

(20) *Ad Trenth.* V. 1, D. 46 th. 18, l. c.

per vedere come il passo di Trifonino non vi si possa per nulla accordare (21).

5. Più semplice Giovanni Voet (22), il cui parere è dei più logici e degno di molta considerazione. Per lui v'è un solo caso in cui la caccia e la pesca sono da considerarsi qual frutto, quello trattato da Trifonino nel §. 1: quando cioè si esercitino nei vivari o nelle piscine (23). In genere gli animali salvatici o i pesci non entrano tra i frutti: e come chiunque per diritto romano può cacciare o pescare, così niun dubbio che lo possa anche l'usufruttuario: « *fructuarius ex adverso probe ac iure suo in saltibus ac montibus fructuariis venari potuit, a domino nequaquam arceus* ». Ma allora come spiegare le ultime parole del proemio? non dovrebbe far sempre sua la cacciagione o la pesca come occupante di *res nullius*? dov'è la causa per cui se l'appropria non solo *iure gentium* ma anche *iure fructus*, o, secondo la lezione prevalente a' tempi del Voet, *iure civili*? (24).

6. Lo Schirmer (25) non sa intendere il passo, che supponendo uno speciale vincolo obbligatorio fra il proprietario e l'usufruttuario. Non vi si parlerebbe dell'acquisto formale della proprietà ma della materiale apprensione: ecco le sue precise parole dopo aver detto che, per analogia alla L. 1, §. 1 D. de loco publ. fruendo XLIII 9 e alla L. 13, §. 7 D. de iniur. XLVII 10 (26), in cui si parla di conduttori di caccia, l'*iure fructus* della nostra l. 62 si riferisce appunto a una facoltà proveniente da un rapporto obbligatorio: « Im Zusammenhange hiermit.... der Satz der l. 62 cit. » *nec aprum nec cervum, quem ceperit, proprium domini capit, sed aut fructus iure, aut gentium suos facit* durchaus » nicht von dem formalen Eigenthumserwerbe am Wilde, sondern » von dem materiellen Zueigenmachen, dem definitiven Behalten » dürfen, also der Frage nach der Restitutionspflicht *finito usu-fructu* verstanden sein wolle, wie insbesondere die Worte *suos facit* diese Auffassung ermöglichen und nahe legen » (27). Non

(21) Ivi nel pr. si parla e della facoltà di cacciare e della preda.

(22) Voet, *ad Pand.* II. p. 599 segg. n. 4, 5 I. p. 369 n. 23.

(23) Al che pareva piegarsi anche il Noodt.

(24) Vedi sopra p. 23 n. 2.

(25) Nella Zeitsch. der Savigny-Stiftung, III. Vedine il nostro riassunto in questo stesso Arch. giur. vol. XXVIII, pag. 396 segg.

(26) Vedi sopra p. 24 n. 4.

(27) L. c. p.

sappiamo come accettare questa ingegnosa proposta (28): se l'acquisto dell'usufruttuario dipende da un rapporto obbligatorio, ov'esso mancasse, dovrebbe esser del proprietario, contro la tesi sostenuta: anzi il diritto di proprietà di lui sulla cacciagione e sulla pesca-gione diverrebbe la regola generale. E se per rapporto obbligatorio s'intende quello di eventuale restituzione che ha l'usufruttuario, finito l'usufrutto, come il possessore di buona fede, contestata la lite, l'acquisto dovrebbe sempre aver luogo *iure fructus* e non mai *iure gentium*. E poi allora perchè distinguere la proprietà formale dalla materiale? (29) essa esisterebbe nell'un senso e nell'altro, niuna influenza avendo i vincoli obbligatori sui diritti reali nella loro essenza obiettiva. Il massimo ostacolo all'accettazione della proposta dello Schirmer non è il *suos facit*, ma l'acquisto *iure gentium*. V'ha contrasto fra esso e un'apposita convenzione delle due parti: che se la si riferisca alla sola restituzione, allora si dice cosa superflua per l'acquisto *iure fructus*, il quale è di per se, data l'indole della servitù personale d'usufrutto, fonte della restituzione medesima.

IV.

Per rendere anche più chiara e più certa l'intelligenza del frammento di Trifonino e degli altri a lui affini sovra riferiti, poniamo in sodo, senza addentrarci in ricerche speciali, che sarebbero fuori di luogo, alcuni punti i quali ne costituiscono la base e la ragione.

1.° È noto, specialmente dalle opere di Varrone (1), ma anche dagli scritti di Aulo Gellio (2), di Plinio il naturalista (3),

(28) Il suo difetto è appunto di non essere semplice abbastanza.

(29) In ogni modo bisognerebbe cominciare a intendersi sul valore di queste due diverse specie di proprietà.

(1) *De re rustica* III.

(2) *Noct. att.* VI, 16; VII, 16.

(3) *Hist. natur.* VIII, 210, 170; X, 110, 52, 139, 100, 3, 45, 132, 133; IX, 170, 60, 169, 61, 62, 64; X, 41, 30; VIII, 81, 82; XI, 4 segg.; IX, 80, 81.

di Columella (4) e di altri (5) che quando il lusso invase l'austera dominatrice del mondo per isnerarla, i prodotti della caccia e della pesca acquistarono un altissimo pregio, se ne fece grande ricerca, se ne ebbero cure gelose e se ne trassero vistosi guadagni. Così si ha ricordo di frequenti edifizii, che avevano il nome di *villae*, per allevare e ingrassare fiere, uccelli, pesci e fino insetti e molluschi, presa la parola *villa* in uno dei vari suoi significati (6). Esse erano o oggetto di lusso e conserve pei lauti pasti dei ricchi, o anche capitale d'industria, d'onde si traevano, come quella zia materna di Merula che annualmente vendeva 5000 tordi ingrassati e altri uccelli in proporzione, altissimi lucri (7). E Lucio Albuzio non affermava il prodotto degli animali nutriti in tali chiuse rendergli il doppio de' suoi vasti possessi? (8) e quando M. Catone divenne tutore del figlio di Lucullo non vendè per 40 milioni di sesterzi, corrispondenti a circa 10 milioni di lire italiane, di pesci de' suoi vivai? (9) E lo stesso Varrone, d'onde abbiamo le più accurate notizie in proposito, aveva *villae* superbe e ne traeva grande profitto (10). Si dividevano in tre specie, uccelliere, parchi e vivai, e ciascuna si bipartiva: le uccelliere essendo altre per uccelli non aquatici, pavoni, tortore, tordi, altre per gli aquatici, oche, anatre, *querquedulae*; i parchi altri pei cignali, per le *caprae*, per

(4) *De re rust.* VIII 8; 1, 3; 2, 2; 16, 16, 5; 10, 6; 9, 1; VII, 11, 10; VIII, 14, 3; 15, 1; 17, 2.

(5) Consulta **Marziale, Orazio, Plutarco, Giovenale, Macrobio, Ateneo, Seneca, Tertulliano, Cassiodoro e Eliano.**

(6) A lungo vi s'intrattiene **Varrone**, III, II, 5, 6, 7, 8, 9, 10. Vedi anche **Dureau de la Malle, Économie politique des romains** II, p. 175. Indicava 1.º un edificio isolato fuori delle mura, come la *villa* pubblica del Campo di Marte che serviva alle operazioni del censo e delle leve di truppe e all'elezioni dei magistrati; 2.º una semplice casa di campagna per diletto; 3.º una tenuta a grano con vigne e oliveti, come quella di Catone il censore; 4.º una tenuta per greggi; 5.º un edificio per allevare e ingrassare quadrupedi, pesci, uccelli, insetti e molluschi destinati al lusso delle tavole, 6.º un'abitazione del proprietario colle sue dipendenze, terreni, parchi, vivai. Cf. **Forcellini, ad v. villa.**

(7) **Varrone**, l. c. lib. III, cap. II, 14, 15.

(8) **Varrone**, l. c. lib. III, cap. II, 15.

(9) **Varrone**, l. c. lib. III, cap. II, 17.

(10) **Varrone**, l. c. **Dureau de la Malle** l. c.

le lepri, altri per le api, le lumache e i ghiri; i vivai altri d' acqua dolce, altri d' acqua salsa o marina (11). L' immenso numero d' animali chiuso e mantenuto in tali edifizi non era certo oggetto di pesca o di caccia, non era *res nullius*, non cedeva al primo occupante. I recinti in cui era chiuso gli toglievano la libertà naturale e facevan sì che fosse nella continua e assoluta disponibilità dei proprietari. In essi, sebbene spesso avessero grande estensione, e abbisognasse non poca destrezza per impadronirvisi di certi animali, non eran possibili nè una caccia nè una pesca in senso giuridico. Mancavano l' alea e l' incertezza e tutto si riduceva a una semplice cattura, preventivamente stabilita. Vi erano infatti appositi guardiani e si sapeva con precisione assoluta o quasi il numero dei capi di ciascuna specie, che v' era racchiuso. Così vi si dava loro cibo in ore apposite e quando uno schiavo vestito da Orfeo si presentava e suonava una trombetta accorrevano a frotte i cignali, i cervi, i caprioli ecc.; nè meno numerose si precipitavano sui cibi loro arrecati le triglie e le murene, di cui si minute cure, quasi affettuose, avea Q. Ortensio, famoso oratore, e spesso delle ultime erano orribile pasto schiavi condannati a morte tremenda (12). Tornando al nostro tema è naturale che

(11) **Varrone**, l. c. lib. cap. III, 1. *Eius disciplinae genera sunt tria, ornithones, leporaria, piscinae. Nunc ornithones dico omnium alitum, quae intra parietes villae solent pasci. Leporaria te accipere volo, non ea quae tritavi nostri dicebant, ubi soliti lepores sint, sed omnia septa, afficta villae quae sunt, et habent inclusa animalia quae pascantur. Similiter piscinas dico eas, quae in aqua dulci aut salsa inclusos habent pisces ad villam. Harum singula genera minimum in binas specie dividi possunt.* — Leggi tutto il dilettevolissimo capitolo.

(12) Le murene furono portate nelle piscine romane dal *fretum siculum*. Da esse trassero il loro cognome i *Licinii Murenarum*, poichè il pretore *P. Licinio Murena* fu il primo a costruire delle piscine per esse. Più tardi divennero famose quelle d' **Irrio** che prestò a **Cesare** 6000 murene, d' **Ortensio**, di **Vedio Pollione** e d' **Antonia di Druso**. **Plinio**, *H. n.* 9, 171-172; 9, 23, 77. — È una parte delle antichità romane delle più curiose, mostrando la stranezza dei gusti romani, confrontati ai nostri e gli estremi limiti cui s' era spinto il lusso. P. e. la passione pei ghiri, il loro prezzo, i dispendi per custodirli eran saliti sì alto che i censori sotto il consolato di **Marco Scauro** fecero votare leggi suntuarie che ne proibissero l' uso. Così **Plinio** discute con serietà a chi spettasse la gloria d' aver inventato il modo d' ingrassar le oche con un tal metodo che il legato divenisse più grosso di tutti gli altri visceri riuniti, gloria

gli animali contenuti nelle *villae* non sieno mai oggetto d'occupazione, non possano esser cacciati o pescati da chiunque, costituiscano una privata proprietà e producano l'azione di furto contro chi in qualsiasi modo li prenda o contratti coll'animo di farne luero. Le uccelliere, i parchi e le piscine costituivano quindi una vera e giusta eccezione alla regola esposta: o meglio le sfuggivano, perchè gli animali ivi compresi mancavano della piena libertà naturale, base del carattere di selvatici e non erano *res nullius* nè differivano da qualunque altra proprietà privata (13).

2.° I giureconsulti, sì rigorosi e equi applicatori dei principi giuridici, ebbero cura di fare una distinzione di molto momento: determinarono che non tutti i luoghi cinti o chiusi dovessero ritenersi vivari o piscine. Non basta, essi dissero, circondare una selva per precisarne i confini perchè gli animali che vi si trovano cessino d'essere *res nullius*: non basta neppure se lo si fosse fatto per render più difficile, o, se si voglia, impossibile, la fuga di certi animali che non si sa in qual parte di essa o in qual numero vi sieno, o per agevolarne la caccia. Un criterio distintivo dovè certo esser anche l'ampiezza, ma non esclusivo, perchè si ha ricordo di *vivaria* di grande estensione, di piscine vastissime (14); dovè pure esserlo il modo di cintura, ma non unico, perchè nulla impedisce di pensare certe cinture per sola sicurezza di confine e tali da impedire l'uscita di certi animali. La vera norma ne era la destinazione e la conseguente tenuta del luogo. Chi chiudeva gli animali in un apposito recinto e ve gli nutriva e propagava, numerandoli e prendendoli con regole determinate, ne avea la proprietà, o, a seconda dei casi, il possesso o la detenzione (15); chi invece, sia pure a scopo di caccia, circondava i propri fondi con fosse, steccati o altro, nulla alterava al carattere

rimasta indecisa fra **Scipione Metello** e il cavaliere **Marco Seio**, che se la disputavano. E v'erano pesci che i proprietari amavano ben più dei loro schiavi e custodivano con cura infinita non permettendo che alcuno gli uccidesse o se ne cibasse: onde, per terminare, **Varrone** e **Cicerone** riferirono quel gioco di parole: *Hos pisces nemo cocus in jus vocare audet?*!

(13) Tutti i passi degli scrittori sono concordi e la cosa, diremo intuitiva, non ha bisogno di prove.

(14) Vedi **Marquardt**, l. c.; **Varrone** e gli altri scrittori sopra riferiti ai loc. citati.

(15) Vedi **Varrone** l. c.

giuridico delle fiere che per avventura vi fossero: al più tali ripari potevano esser riprova dell'intenzione del proprietario d'usare del suo *ius prohibendi* contro qualunque cacciatore: ma ciò non ha attinenza coll'acquisto per occupazione degli animali selvatici (16).

A questo proposito merita ricordo un passo delle nostre fonti, che a torto si è voluto correggere, come alterato dai compilatori giustinianeî:

Paulus libro quinquagesimo quarto ad Edictum.

L. 3 §. 14 D. de acq. vel amitt. poss. XLI. 2.

Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri: sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est (17).

Fu sostenuto, lo ripetiamo, e da alcuno con tuono d'infallibilità (18), che dovè incorrere in un errore o il copista o meglio Triboniano, gran capro espiatorio delle immaginazioni dei posteri (19). Invece di *in silvis circumseptis* si dovrebbe leggere *in silvis non circumseptis*, ma, ci sembra, con aperta violenza al profondo pensiero del giureconsulto (20). Dopo avere opposto la *piscina* allo stagno, è logico contrapporre il *vivarium* alla *silva cir-*

(16) Ne proverrebbe l'assurdo segnalato da **Paolo** nella legge di cui siamo per dire.

(17) **Cuiacius**, *Observ.* IV c. 2; **Hotomannus**, *Observ.* IV, c. 2; **Gothofredus**, ad h. l.; **Grotius**, V. Cl. lib. II *de jure belli et pacis* 8 §. 2; **Noodt**, *Observ.* I c. II; **Savigny**, *Besitz* §. 31; **Sammet**, *Opusc.* p. 162; **Fleck**, *De poss.* p. 82. V'ha anche un'apposita monografia: *dissertatio de vero sensu* l. 3 §. 14 D. de acq. vel am. poss. Hal. 1774. Vedi anche: **Ruggieri**, *Il possesso* §. 296.

(18) **Hotomannus**, l. c.; **Noodt**, l. c.; **Gothofredo**, l. c. Il **Noodt** parlando de' suoi avversari dice: *Sed, quod multa eorum pace dixerim, qui sic sentiunt, errant toto coelo.*

(19) Il **Fleck**, l. c. disse che sono *silvae circumseptae* quelle che l'animale può oltrepassare: altri propose di sostituire *evagantur* a *vagantur*.

(20) Del resto come noi da **Accursio** in poi la pensano i più p. e. il **Savigny**, il **Cuiacio** ecc.

cumsepta (21): se avesse detto *silvis non circumseptis* avrebbe ammesso che il possessore d'una selva chiusa lo fosse di ciascuna fiera, che per avventura vi si trovi, *quod falsum est*; mentre dicendo *silvis circumseptis* a più forte ragione ne disconosce il possesso in *silvis non circumseptis*. E, se tale fosse la vera lezione, mancherebbe la *ratio dubitandi*, a niuno potendo saltare in mente che si possiedano le fiere vaganti in libertà nelle nostre selve aperte. Infine la stessa sapiente opposizione di verbi svela il pensiero di Paolo: egli parla da un lato d'animali che *includerimus* nei vivari e di pesci che *coiecerimus* nelle piscine, e dall'altro di pesci che *sunt* nello stagno e d'animali che *vagantur* nelle selve, sia pure, in alcun modo circondate da fosse, palizzate o altro (22). Infatti, se così non fosse, perchè non si dovrebbe eccettuare dalla regola dell'occupazione ogni animale che si trovi in un'isola e che non possa uscirne, o in terreni, per quanto vasti, limitati da fiumi o da altre naturali barriere? Il limite dell'estensione è relativo e sarebbe assurdo prenderlo a solo criterio: spesso certi animali si ascondono in piccolo spazio meglio che in un grande, nè si può ammettere si possiedano, o se ne abbia la proprietà perchè nessuno può affermare d'averli nel suo potere. Gli animali si pongono a bella posta nei vivari e nelle piscine, che si costruiscono in modo da poterli prendere a ogni momento, da saperne il numero e da allevarli a nostro talento: non così nelle selve, sia pure *circumseptae*, ove rimangono nella loro naturale libertà e la caccia conserva l'alea, che la caratterizza. Non si confondano dunque casi diversi, a meraviglia distinti dal giureconsulto: la massima che gli animali salvatici si acquistano dall'occupante non soffre eccezione che nel caso delle uccelliere, dei parchi e delle piscine, i cui caratteri, riassumendoli, sono la destinazione e la costruzione speciale, la custodia minuta, la numerazione e la possibilità di catturarli in qualunque momento, cioè il possesso nel vero senso giuridico (23).

(21) Cf. l. 13, §. 7 D. di *iniuriis* XLVII 10. Non osta la l. 15 D. di *act. empti vend.* XIX 1 sia perchè piscina può aver anche il senso di stagno, come osserva il **Cuiacio**, sia perchè il tema è diverso.

(22) **Accursio** e il **Savigny** sostennero che unico criterio distintivo è l'estensione: a noi non pare perchè si ha ricordo di vastissimi vivari.

(23) E appunto il giureconsulto ne determina il contrasto riguardo all'acqui-

3.° Un così esteso uso, allevamento e commercio di animali selvatici e di pesci è certa prova d'una grande frequenza di cacce e di pesche. Si avevano speciali stagioni, speciali persone che ne facevano il loro mestiere e speciali luoghi i più adatti: in alcuni si doveron porre anche, come anch'oggi si fa, arnesi e apparecchi speciali per ottenere più facile e più copiosa la preda (24). In cotesti casi è naturale che la caccia o la pesca si considerassero come una rendita prodotta dal fondo, certe volte l'unica di cui era capace, come se d'una spianata al sommo d'un monte inculta e utile solo per esser luogo di passo in certe stagioni o per essere abitata e frequentata sempre da certi animali. Il proprietario, facendo uso accurato del diritto di proibire altrui l'ingresso nel fondo, poteva da un lato riserbare a se solo la possibilità della caccia, dall'altro concederne altrui l'esercizio (25) in corrispettivo d'una mercede che potè per avventura essere ben forte in relazione alla qualità del fondo medesimo. Ma tutto questo in nulla altera la teoria dell'occupazione degli animali: il cacciatore che ha avuto il permesso d'esercitare la caccia nel fondo acquista la proprietà dei singoli animali di per se come occupatore di *res nullius*. Che se anche la mercede fosse pattuita in proporzione al numero degli animali presi o in una parte degli animali stessi, le regole enunciate trovano pieno riscontro; nel primo caso si ha una speciale misura di calcolo, senza niuna efficacia sulla proprietà degli animali, nel secondo il cacciatore assume l'obbligo di trasferire la proprietà d'alcuni di essi al proprietario del fondo. Nè fa ostacolo l'ipotesi che il cacciatore sia puro strumento del proprietario tanto se schiavo, quanto se libero, massime dopochè fu ammessa la rappresentanza nell'acquisto del possesso. — Adunque se niuno può negare che di certi fondi sia massima e anche esclusiva rendita la caccia o la pesca, non è nemmeno strano che lo riconoscessero i giureconsulti a favore del proprietario, avendo egli il modo di godere intiero anche cotesto vantaggio. Ma è una cosa indipendente dal modo d'acquisto della proprietà: essa nasce sempre per occupazione in chi prenda l'animale coll'idea

sto e alla perdita del possesso. — La chiusura delle selve poteva per avventura esser segno dell'intenzione del proprietario di proibirvi ad altri la caccia.

(24) Vedi **Varrone** e il **Marquardt** ai luoghi citati.

(25) Questo è una conseguenza di quello.

di farlo proprio. Ciò posto in sodo non farà meraviglia che di certi fondi destinati in tutto o in parte a tale uopo la caccia o la pesca si ritenessero un *reditus*, o, meno precisamente, un *fructus*. Tale nomenclatura non può esser fonte di dubbi, massime nel nostro tema (26).

4.° L'usufrutto è una servitù personale, quindi una restrizione al diritto di proprietà. Fra questa e quello molteplici le attinenze e dovere dei giureconsulti, seguendo l'indole rispettiva de' due istituti, di determinarle secondo equità (27). Ora supponiamo gra-

(26) Vedi **Forcellini** *ad h. v.* — Cf. poi *l. 7. §. 1. D. de usufr. VII 1, l. 32. §. 7 D. de usu et usufr. legat. XXXIII 7 ecc.*

(27) Tutta la teoria, mirabilmente svolta dai giureconsulti, ha per iscopo che questa servitù, la più ampia e più gravosa di tutte, non leda oltre il bisogno la proprietà. Non è qui il luogo di riportarle ma sarebbe facile mostrare come le molteplici loro relazioni furon sempre risolte col massimo riguardo all'equità. Cf. *l. 3, §. 2, l. 9, pr. §. 4, l. 12. pr., l. 13. pr. §. 4, l. 65. pr. D. de usufr. VII, 1 ecc.* Del resto pel caso nostro un punto è necessario mettere in sodo: tuttociò che è frutto o, con parola più lata, reddito (*l. 7, §. 1. D. eod. . . . quicumque reditus est ad fructuarium pertinet. . . .*) della cosa sottoposta all'usufrutto spetta all'usufruttuario, non gli spetta ciò che non lo è. Fra i tanti esempi che ci offrirebbero le fonti limitiamoci a due: 1.° Le accessioni non sono frutti, onde non sono dell'usufruttuario, ma del proprietario, così l'alluvione e l'isola nata nel fiume, *l. 9, §. 4, D. h. t. VII, 1. Pauli, Rec. sent. III, 6, §. 22.* In quanto all'alluvione non c'è alcun contrasto fra **Ulpiano** e **Paolo** nei passi citati, come alcuni, p. e. il **Gotofredo** vollero vedervi. Altro è domandare se sia dell'usufruttuario una cosa, altro se l'usufrutto di cotesta cosa. **Paolo** dice che l'alluvione non è dell'usufruttuario *accessio alluvionum ad fructuarium fundi quia fructus fundi non est, non pertinet: Ulpiano* mentre lo ammette pur esso, aggiunge che però gliene spetta l'usufrutto *et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere.* Invece, segue a dire, l'isola nata nel fiume non solo non è dell'usufruttuario, ma non gliene spetta nemmeno l'usufrutto: *Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius usumfructum ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.* 2.° I parti delle schiave usufruttuarie non sono dell'usufruttuario, quantunque in antico se ne disputasse fra i giureconsulti: e ciò perchè esse non sono da considerarsi quali frutti, *absurdum enim videbatur*, come dice **Gaio**, *l. 28, §. 1. D. de usuris XXII 1* e ripete **Giustiniano**, *§. 37. l. de rer. div. II 1, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.* Anzi,

vato d'usufrutto uno di quei fondi di cui la caccia e la pesca costituiscono la rendita unica o di maggior momento. È pacifico che all'usufruttuario spetta completo l'*ius utendi* (28): in esso si comprende anche la facoltà d'escludere ogni altro dall'entrare nel fondo, non eccettuato, per tutta la durata dell'usufrutto, il proprietario (29). In conseguenza la caccia e la pesca possono essere esercitate solo da lui: ma siccome la preda la farebbe sua non come frutto ma per diritto d'occupazione, non entrerebbe nei rapporti fra il proprietario e l'usufruttuario (30). A tal risultato condurrebbe la pratica attuazione dei principi giuridici intrecciatisi nel caso concreto: ma sarebbe esso equo? non certo, e i giureconsulti vi rimediarono considerando la caccia, nei rapporti fra il proprietario, l'usufruttuario, il possessore di buona e mala fede e l'usuario, come frutto, nel caso che costituisca l'unico o il massimo reddito del fondo (31). In quanto all'usufruttuario abbiamo espliciti passi: pel possessore di buona e mala fede e per l'usuario è necessario e *a fortiori* ammettere lo stesso (32). Fac-

non solo **Ulpiano**, concorde cogli altri citati e colla *l. 27 D. de hered. pet. V 3* decide che i parti della schiava non sono dell'usufruttuario, ma aggiunge che esso non ha su di loro nemmeno l'usufrutto, eccetto il caso d'un'apposita costituzione. . . . *hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit. Quid tamen, si fuerit etiam partus ususfructus relictus, an habeat in eo usumfructum? Et quam possit partus legari, poterit et usufructus eius l. 68 pr. D. de usufr. VII, 1.* — Applicando con equità questi principi alla caccia nelle relazioni fra usufruttuario e proprietario si giunge di necessità al risultato cui arrivarono i giureconsulti romani.

(28) *Pr. Ist. de usufr. II, 4, l. 1. 2. D. l. 7, pr. l. 9. 13 pr. l. 12. §. 1. l. 15, §. 4. 5, l. 28, l. 41. D. de usufr. VII. 1 ecc.* S' intende che dev'essere un uso che non danneggi la cosa ecc.

(29) L'usufruttuario. . . ha diritto di usarne escludendone anche il proprietario **Arndts-Serafini**, I, §. 179.

(30) Vedi passi sopra citati p. 5 n. 7.

(31) Tale il senso di tutti i passi riferiti nel §. II.

(32) L'usuario infatti a rigor di termine non potrebbe far suo niun frutto; solo per eccezione si appropria quelli a se necessari: quindi i frutti, tutti o quasi, sono del proprietario. Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, ma fino a un dato momento, finchè cioè il proprietario abbia contestato la lite con esso o in altro modo sia cessata la buona fede. Il possessore poi di mala fede deve restituire tutti i frutti. In tutti e tre i casi è quindi di gran momento determinare quali cose debbano considerarsi come frutti o per la loro essenza o per equità.

ciamo delle ipotesi: cessa oggi l'usufrutto, ma solo fra un anno è restituito il fondo al proprietario; questi ha diritto a ripetere tutti i frutti acquistati dopo la cessazione dell'usufrutto: or se l'unico reddito del fondo fossero la caccia o la pesca, non considerandosi esse frutti, non dovrebbero esser restituiti i loro prodotti a rigor di diritto, ma l'equità ne sarebbe lesa (33). — Sia un fondo il cui reddito è costituito da una caccia che si esercita su larga scala in autunno e più in ottobre: l'usufrutto fu costituito il 1.º d'ottobre e cessa l'ultimo d'ottobre dell'anno seguente: non considerando frutto la caccia che ne è unico reddito, l'usufruttuario godrebbe in tredici mesi il vantaggio di due anni, mentre l'equità esigerebbe una restituzione adeguata al tempo (34). Così di casi del possessore di buona fede, massime dopo la contestazione della lite: così di quello di mala fede, il quale verrebbe a restituire nulla contro i principi che gli impongono di restituire tutto, anzi a avere un premio e un incoraggiamento immeritati: così dell'usuario, che nel caso concreto, contro l'indole del suo diritto, si trasformerebbe in un vero usufruttuario (35). — In conclusione fu sapiente consiglio considerare la caccia e la pesca come frutti, quando costituiscono l'unico o il massimo reddito del fondo; ma ciò soltanto nella stretta cerchia dei rapporti fra il proprietario, l'usufruttuario, il possessore di buona e di mala fede e l'usuario. Questi non vengono lesi; anzi i loro diritti s'interpretano più secondo la loro essenza e il loro spirito: la proprietà non è ristretta oltre il necessario, confermandosi la massima che essa è il tutto, nè dee esser ristretta nei limiti che il diritto le riconosce, di una linea di più oltre quanto è mestieri (36). Si veniva è vero a applicare il concetto di frutti a un caso a cui stret-

(33) Si avrebbe un prodotto non frutto secondo il concetto giuridico, ma frutto in realtà. Le teorie giuridiche, sebbene applicate con rigore, condurrebbero a disconoscere la verità delle cose, onde saremmo in contrasto col diritto romano, che è un continuo e meraviglioso connubio dei principi supremi legali coll'equità.

(34) Così sarebbe facile moltiplicare gli esempi.

(35) Perché il realtà non si limiterebbe all'*uti* ma godrebbe anche del *frui*.

(36) È nota la cura dei romani di difendere la proprietà e contenere le servitù entro i limiti strettamente richiesti. Se i giureconsulti a questo proposito non avessero trovato un tale ripiego, la proprietà sarebbe stata non equamente lesa per la malintesa applicazione del principio dell'occupazione.

tamente non si sarebbe potuto, ma solo per evitare conseguenze contrarie all'equità. È la grandezza del diritto romano rimanere fermo ai principi direttivi del giure, ma senza esagerare, e piegandoli con inarrivabile maestria alla pratica necessità delle cose.

5.° Quando un certo numero d'animali selvatici per loro natura sieno rinchiusi in appositi luoghi sì da perdere il carattere di *res nullius*, divengono al pari di quelli domestici o mansuefatti produttori di frutti nel vero senso della parola, di quei frutti *quae ex re consistunt*, sien essi la prole o altro (37). Allora cotesti animali non son più cosa prodotta, ma producente e è naturale i loro frutti spettino per accessione al proprietario, che su loro si possano costituire tutti i diritti che hanno attinenza coi frutti, e che sottostiano a tutte le regole loro proprie (38). E quando vi fosse difficoltà pratica di distinguere gli individui che son frutto, da quelli che sono cosa producente, o estranei intieramente, è giusto stabilire per equo ripiego che si debba tener fermo un certo numero d'individui, quello p. e. esistente a un dato momento, e calcoliar come frutto il di più (39). Così sorge un compenso fra gli individui che muoiono o altrimenti si consumano e quelli che entrano e si ha sempre una norma fissa per distinguere il capitale producente dai frutti prodotti.

(37) Vedi fra gli altri i moltissimi esempi giuridici a proposito delle api. Anche a proposito del loro usufrutto. Cf. l. 9, §. 1, D. de usufr. VII, 1.

(38) Così si applicano loro le regole delle servitù di usufrutto e d'uso, del possesso di buona e mala fede, si considerano producenti frutti se costituiti in dote o facienti parte d'un peculio ecc.

(39) Vedi sopra p. 30 n. 12. È una massima generale che ha altre applicazioni anche nella teoria dell'usufrutto, l. 18. D. h. t. *Agri usufructu legato in locum demortuorum arborum aliae substituendae sunt, et priores ad fructuarium pertinent*, l. 68 §. 2. D. eod. *Plane si gregis vel armenti sit usufructus legatus, debet ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum*, l. 69. pr. *vel mutilum alia summittere, ut post substituta fiant propria frutuarii, ne lucro ea res cedat domino*. Simili disposizioni vedi nella teoria della dote ecc.

V.

Venendo ora al frammento di Trifonino (1) osserviamo che fra i diversi manoscritti corre molta differenza (2), che lo stile in ogni modo è contorto (3), e lontano da quello dei classici giureconsulti suoi contemporanei e anche da quello degli altri passi di Trifonino medesimo (4). Potrebbe darsi il caso che Triboniano e gli

(1) **A. Claudius Tryphoninus**, fu nel *consilium principis* insieme a **Papiniano**. Scrisse delle note ai Digesti di **Scevola** e più tardi un'opera *Disputationum* in 21 libri. Si ha un rescritto di **Caracalla** del 213 diretto a lui l. 1. C. de iudaeis et coelicolis l. 9. Su lui scrisse **C. Rau**, *De Claudio Tryphonino iure consulto*. Lipsia 1768.

(2) Vedi sopra p. 23 n. 1 e 2.

(3) Specie il §. 1 con tutte quelle interrogazioncelle non sembra d' un giureconsulto della più splendida epoca.

(4) Di Trifonino nelle Pandette sono i passi seguenti: l. 15. D. de statu hom. l. 5, l. 46 D. de pactis l. 14, l. 11. D. de postulat. l. 1, l. 38 D. de negotiis gestis l. 5, l. 5. D. de fugitiv. l. 4, l. 6. D. de in rem verso l. 3, l. 225 D. de verb. sign. l. 16, l. 54 D. de adm. et peric. tut. l. 7, l. 44 D. de excusat. l. 1, l. 11 D. de SC. Silan. l. 5, l. 13 D. de legat. praest. l. 5, l. 42 D. ad L. Sul. de adult. l. 5, l. 37 D. de minor. l. 4, l. 19 D. de quaest. l. 18, l. 12 D. de capt. et postl. l. 15, l. 22 D. de his quae ut ind. l. 9, l. 29 D. de iureiur. l. 2, l. 9 D. de dot. collat. l. 7, l. 62 D. de usufr. l. 1, l. 64 D. de cond. ind. l. 12, l. 52 D. sol. matr. l. 3, l. 63 D. de acq. rer. dom. l. 1, l. 33 D. de novat. l. 2, l. 23 D. de pign. act. l. 7, l. 57 D. de pecul. l. 1, l. 33 D. de pignor. l. 1, l. 20 D. qui potior. in pign. l. 4, l. 12 D. de distr. pign. l. 5, l. 13 quib. mod. pign. vel hyp. solv. l. 6, l. 27 D. de liber. legat. l. 3, l. 31 D. depos. l. 3, l. 8 D. locat. l. 2, l. 67 D. de ritu nuptiar. l. 2, l. 30 D. de pact. dot. l. 4, l. 16 D. de donat. inter. vir. et ux. l. 1, l. 39 D. de poen. l. 19, l. 69 D. de fideiuss. l. 1, l. 86 D. de furtis l. 2, l. 16 D. de fundo dot. l. 5, l. 29 D. de act. rer. amot. l. 2, l. 53 D. sol. matr. l. 3, l. 4 D. qui pet. tut. vel cur. l. 6, l. 39, l. 45 D. de excus. l. 1, l. 16 D. de cur. fur. l. 10, l. 27 D. de test. tut. l. 2, l. 8, l. 10 D. de confirm. tut. l. 3, l. 55 D. de adm. et per tut. l. 7, l. 6 D. ubi pup. educ. vel mor. deb. l. 2, l. 37 D. de noxal. act. l. 4, l. 20 D. de cond. furt. l. 1, l. 19 l. 20 D. de bon. poss. cont. tab. l. 4, l. 23 D. de iure patron. l. 14, l. 19. D. de vi et vi arm. l. 16, l. 74 D. de legat. praest. l. 5, l. 7 D. de coniung. cum emanc. lib. l. 8, l. 22 D. de inoff. test. l. 2,

altri commissari lo alterassero, ma prove certe mancano, e non può negarsi che in altri frammenti di Trifonino si trovano frasi consimili e specialmente accenni frequenti ai sommi principi del *ius civile* e del *ius gentium*: saremmo per dire che Trifonino fu il meno pratico, o meglio il più filosofante dei giureconsulti che contribuirono a formar le Pandette (5).

Incominciamo dal proemio, ov'è tutta la disputa. Anche traducendolo secondo la interpunzione comune, dopo le cose che abbiám premesse, non presenta alcuna difficoltà. « Si ritiene che » l'usufruttuario vada a caccia giustamente nelle selve o nei monti » del possesso (6): nè fa proprio del proprietario il cignale o il » cervo che abbia preso, ma li fa suoi per diritto di frutti o delle » genti ». Vi si riconosce che l'usufruttuario può andare a caccia nei fondi sottoposti all'usufrutto; si cancella cioè il dubbio se il proprietario possa proibir l'ingresso anche all'usufruttuario quando vi entri a causa di caccia. E se cattura la preda, p. e. un cervo o un cignale, non spetta al proprietario, ma all'usufruttuario sia per diritto delle genti, cioè per occupazione, sia, se la caccia è il reddito unico o massimo del fondo, come frutti, considerandoli tali per equa estensione del loro concetto (7).

Prescindendo dalla parola *possessio* molto strana a significare il diritto sui fondi usufruttuari, dall'utilità d'includere dopo *montibus* il verbo *posse*, come facevano i greci, dal singolare *proprium* e dal susseguente plurale *suos* (8), cotesta versione potrebbe accettarsi. Ma v'è un punto che ci reca molta meraviglia, onde ci pare il passo si presti a una diversa intelligenza. Infatti dire

l. 10 D. de obs. parent. et patr. XXXVII 15, l. 15, l. 50 D. de bon. libert. XXXVII 12, l. 18, l. 41 D. de test. mil. XXIX 1, l. 19 D. de castr. pec. XLIX 17, l. 28 D. de lib. et post. XXVIII 2, l. 90 D. de hered. inst. XXVIII 5, l. 9 D. de reb. dubiis XXXIV 5, l. 36 D. de legat. III, l. 17 D. de fidei-comm. libert. XL 5, l. 75, l. 45, l. 76, l. 77, l. 78 D. de iure dot. XXIII 3, l. 48, l. 50, l. 52 D. de re iud. XLII 1, e venti altri passi in cui si trovano riferite le sue note a Scevola.

(5) Leggi i passi sovra riferiti.

(6) Meglio sarebbe tradurre col *posse* (v. p. 23 n. 1), ma noi lo omettiamo per ossequio all'autorità dei manoscritti.

(7) Sarebbe il caso di dire alla romana *quasi fructus*: se non lo fecero i giureconsulti si fu forse per la ristrettezza del caso.

(8) Del resto non si tratta di errori ma di locuzioni rare.

che l'usufruttuario fa sua la preda o per diritto delle genti o come frutto, ha, lo vedemmo, senso e importanza nelle relazioni obbligatorie fra le parti; ma avvertire che non la prende pel proprietario è strano o meglio superfluo. Era logico riconoscere senza limiti all'usufruttuario il diritto di caccia, dichiarare cioè sospesa la facoltà del proprietario di proibirgli a tale scopo l'ingresso nel fondo: ma era superfluo affermare non esser sua la proprietà della preda, poichè senza dubbio essa è sempre dell'occupatore, nè alcun testo ci riferisce dissensi insorti in proposito. Era utile pei rapporti fra proprietario e usufruttuario, dire che questi, a seconda dei casi, in senso giuridico acquista la preda o come frutto o per occupazione di *res nullius*: ma era inutile dire che non la prende pel proprietario, toglier cioè di mezzo un dubbio impossibile. Che anzi Trifonino accenna a dare una regola generale, di cui un'applicazione e un'eccezione costituisce il §. 1, una regola che pei termini in cui la s'intenderebbe eccezioni non dovrebbe ammettere. Eppure v'aveano in realtà casi in cui l'usufruttuario acquistava la preda pel proprietario; supponiamo si trattasse d'un animale caduto in un laccio posto dal proprietario, o uscito da un suo recinto chiuso e preso durante l'inseguimento, o da un recinto facente parte dei fondi usufruttuari. In tali casi esso sarebbe del proprietario e si avrebbe una vera eccezione alla regola che la preda è dell'usufruttuario, eccezione che il giureconsulto per esser preciso dovè prevedere e prevede in parte, lo ripetiamo, nel seguente paragrafo (9).

Or noi siam d'avviso che debba porsi una virgola fra *domini* e *capit*, venendo allora a dir Trifonino che l'usufruttuario fa sua la preda quando l'acquista per occupazione e può considerarla come frutto, ma non quando per altra ragione essa sia già del proprietario; in tal caso l'esistenza dell'usufrutto nulla può alterare, perchè su di essa non si applica più l'*ius occupationis* e cessano le ragioni per cui le si estende in altri casi il concetto di frutto.

Il passo di Trifonino dovrebbe leggersi così:

Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum aut cervum, quem ceperit proprium domini, capit, sed aut fructus iure aut gentium suos facit (10).

(9) Vedi più sotto p. 48.

« Si ritiene che l'usufruttuario cacci a buon dritto nelle selve » o nei monti sottoposti a usufrutto: ^{ne} che fa suoi il cignale o il » cervo che abbia preso propri del proprietario, ma li fa suoi » per diritto di frutti o per diritto delle genti ».

La quale interpretazione è tanto più giusta quando si pensi che il seguente §. 1 è un chiarimento del principio, e si riferisce agli animali chiusi e già del proprietario, che l'usufruttuario non può certo far suoi. È vero che in pratica poteva essere impossibile distinguere quali individui v'erano già del proprietario e quali v'erano entrati dell'usufruttuario, cioè per opera sua o per caso (11): allora bisognava ricorrere al ripiego del compenso e ritenere sempre del proprietario quello stesso numero d'individui che v'era al principiare dell'usufrutto. Ma, astraendo da ciò, l'usufruttuario che non può appropriarsi tali animali, può trarne tutti i vantaggi, godere cioè d'ogni guadagno di cui sieno capaci.

« Se, proseguiamo a tradur Trifonino, in cotesto possesso si » custodivano delle fiere chiuse nei vivari, quando cominciò l'usufrutto, l'usufruttuario può forse trarne i prodotti e non ucciderle? e se altre esso ve ne incluse fin da principio o vi caderò o vi furono tratte da per se appartengono all'usufruttuario? » è pertanto il sistema più comodo, onde su ciascun animale per » la difficile distinzione non sia incerto il diritto dell'usufruttuario, che basti restituire al proprietario al termine dell'usufrutto » per ciascun genere d'animali lo stesso numero che ne esisteva » al principio dell'usufrutto medesimo » (12).

L'equa decisione del giureconsulto deve intendersi a seconda della destinazione del vivario o della piscina, tenuto calcolo delle diverse specie d'animali contenutivi. Se il guadagno o reddito consiste nella uccisione e nella vendita periodica di certa quantità d'animali, l'usufruttuario potrà farlo senza dubbio; ma però senza alterare la sostanza del vivario o della piscina, mantenendoli cioè

(10) È noto che gli antichi non ci hanno lasciata l'interpunzione, onde si può modificarla con libertà. — I Basilici ci sarebbero contro: ma chi ce gli opponesse cadrebbe in una petizione di principio, appunto perchè essi sono una riproduzione delle Pandette e in questi passi senza studio critico alcuno. Vedi inoltre quanto abbiain detto sopra p. 25 n. 10.

(11) Vedi p. 43 n. 39.

(12) Per conservare anche la forma del passo sacrifichiamo l'eleganza italiana.

nella medesima attitudine di reddito, popolati delle stesse specie e della stessa quantità d'animali. Insomma il vivario e la piscina sono enti che assorbono le cose contenute e costituiscono una *universitas rerum*, cui è facile applicare le regole proprie della servitù d'usufrutto (13). A rigor di termine spetta al proprietario ogni animale ivi compreso, mentre niun diritto ha su quelli inclusi dall'usufruttuario; le necessità pratiche costrinsero a ricorrere al concetto della *universitas rerum*, cioè, perdendo di vista i singoli enti, a rendere oggetto di rapporti giuridici l'insieme. In altre parole l'usufruttuario può trarre tutti i prodotti di cui sono capaci dal vivario o dalla piscina presi nella loro intierezza: ma al momento della restituzione deve restituirli come li ricevè, tolta la responsabilità del caso fortuito (14).

Se quindi prescindiamo di nuovo dalle necessità della pratica, l'usufruttuario non può far suo l'animale preso nel vivario o nella piscina perchè *nec aprum aut cervum, quem ceperit proprium domini, capit*. E la necessità non si riscontra sempre: quando manca, si torna alla regola rigorosa. È per esempio un vivario a puro scopo di diletto: gli animali sono rari, riconoscibili e consegnati uno per uno: restano del proprietario che, contro l'usufruttuario che se li appropriasse, potrebbe agire per la loro precisa restituzione (15).

Se si tratta di singoli animali custoditi sui fondi, senza costituire vivari o piscine, non possono considerarsi nè come frutto, nè come oggetto d'occupazione. Anche in tal caso (16) può ripetersi dell'usufruttuario *nec aprum aut cervum, quem ceperit proprium domini, capit*. Concludendo, molte volte si applica tale eccezione, onde non poteva tralasciarsi in un passo inteso a dare le regole in proposito. Però la nostra proposta non solo evita ogni dubbio, ma aggiunge una parte necessaria alla legge di Trifonino, che, tolta la disputabile classicità della forma, torna completa e non inferiore a qualunque altra delle fonti.

I rimanenti passi, citati a corollario di questi, non presen-

(13) Vedi sopra p. 40 e segg.

(14) Ciò è certo una volta che si considerano come capitale. Arg. l. 1. §. 7 D. usufr. quem. cav. VII. 9, l. 15 §. 7 D. eod. de usufr. VII.

(15) In se ogni individuo ha una esistenza separata e la perde solo per astrazione considerandolo unito agli altri.

(16) Che pure nelle contingenze della vita non dovè essere infrequente.

tano la minima difficoltà. Secondo Giuliano (17) i prodotti della caccia e della pesca non sono frutti del fondo, eccettuato quando il loro reddito sia tutto o la massima parte del vantaggio ond'è capace; eccezione imposta, come le mille volte abbiám detto, dall'equità, per l'indole dei rapporti fra il proprietario e gli altri aventi diritto sul fondo. Ma essa non ha alcuna efficacia sull'acquisto della proprietà: la preda, che ne è oggetto, considerandosi come frutto, ne provengono all'occupatore certi obblighi personali, dipendenti dalla natura d'altri speciali diritti (18). E Ulpiano (19), insegnando che il reddito della caccia e della pesca è dell'usufruttuario, conferma Giuliano con grande felicità di parola. La preda cade sempre in proprietà dell'occupatore, cioè, nel caso concreto, dell'usufruttuario: è tal semplice e indiscussa verità che era superfluo confermare. Era invece opportuno stabilire quando sia sua nella qualità di frutto e colle relative conseguenze; quando cioè la caccia e la pesca costituiscono un *reditus* del fondo; parola ben appropriata e pel caso che si tratti dell'unico o del massimo reddito suo e per quello in cui l'usufruttuario abbia locato altrui per una certa mercede l'esercizio della caccia e della pesca medesime (20).

Nè diversamente Paolo nelle *Receptae sententiae* (21). Anch'egli pone per regola che all'usufruttuario in tale sua qualità non spettano che i frutti del fondo: altro potrà spettargli, ma per diversa ragione p. e. come inventore o occupatore. La cacciagione e la pescagione sono sue come usufruttuario quando costituiscono un *reditus* del fondo, il che avvien solo nei due casi sovra espressi, quando cioè ne risulti il principale o l'unico vantaggio, e quando, locate a altri, se ne ritragga una determinata mercede (22).

L'ultima legge pur'essa di Paolo (23) non si riferisce direttamente alla preda, nè si occupa dell'usufrutto, ma a fil di logica

(17) Vedi p. 24 n. 6.

(18) È una finzione che non si estende al di là dei limiti strettamente necessari.

(19) Vedi p. 24 n. 7.

(20) È un caso confermato anche dalle leggi riferite alla p. 343 n. 27.

(21) Vedi p. 25 n. 8.

(22) Quindi avean torto anche quelli che lo applicavano all'uno solo dei casi. Non contrasta la l. 9 §. 4 D. de usufr. VII. 1.

(23) Vedi p. 25 n. 9.

vi si può ricondurre e *a fortiori*. Se un fondo è legato altrui senz'altro, il legato non comprende gli oggetti che sono nel fondo, sia pure per suo servizio; ma vi si comprendono per l'aggiunta *ut optimus maximus* che s'interpreta come precisa volontà del testatore (24). Vi sono delle forti reti da cignali e altri strumenti da caccia: si domanda, saranno compresi in quella espressione? certo, risponde il giureconsulto. Anzi, aggiunge, in un caso vi sarebbero compresi senz'essa, purchè mancasse la volontà contraria, quando la caccia costituisca la massima o l'unica rendita del fondo: allora essi ne sono parte integrante, *iumentum* in senso tecnico, e è noto che esso segue le sorti della cosa principale nelle disposizioni testamentarie. Or se in tal caso si considerano quale *instrumentum* del fondo si è perchè servono a darne il frutto, che segue le sorti dei frutti nei rapporti fra proprietario e usufruttuario. Tutto insomma concorda nell'accoppiare al solito meravigliosamente le esigenze dello stretto diritto con quelle della pratica.

VI.

Abbiamo veduto quali fossero le norme dei romani sulla proprietà degli animali, come ammettessero libera la caccia e tutelassero i diritti reali sui fondi: terminiamo riassumendo, sicchè possano cogliersi d'un solo colpo d'occhio, coteste regole costituenti di per se una completa e bene armonizzata teoria.

1.° Gli animali salvatici sono *res nullius* e cedono in proprietà al primo occupante, in qualunque modo se ne impadronisca, nel fondo proprio e nell'altrui, annuente o contrastante il proprietario.

2.° Perchè l'occupante ne divenga proprietario è necessario che l'animale sia caduto in suo esclusivo potere; non basta che lo abbia ferito e lo insegua, molti casi potendo avvenire per cui non lo prenda.

3.° Gli animali addomesticati sono proprietà privata, ma cessano d'esserlo e divengono *res nullius* se perdono l'abitudine del ritorno e non s'inseguono più.

(24) Cf. l. 69 §. 3 D. de legat. I, l. 93 §. 4 D. de legat. III.

4.° Gli animali domestici rimangono sempre del loro proprietario.

5.° Sugli animali selvatici e sugli addomesticati perduta l'abitudine del ritorno, su quelli cioè *res nullius*, non si commette mai furto.

6.° A determinare l'esclusivo potere su di essi basta qualunque modo adatto: in particolare appositi recinti, come parchi, uccelliere e piscine, *vivaria*, *ornithones*, *piscinae*.

7.° A determinare cotesto potere e quindi a provare la proprietà non basta circondar selve o delimitarle in qualunque modo (*silvae circumseptae*), sia pure per impedire l'egresso di certi animali.

8.° La caccia è libera e il cacciatore come occupante, sia pure sul fondo contro il divieto del proprietario, fa suoi gli animali *res nullius* che prende. — Lo stesso dicasi della pesca.

9.° Il proprietario può proibire a chiunque l'ingresso nel fondo. Pel dispregio del suo divieto può agire coll'*actio iniuriarum*. Non ha alcun diritto sulla preda, purchè d'animali *res nullius*.

10.° In conseguenza dell'*ius prohibendi* il proprietario può costituire sul suo fondo una servitù prediale di caccia, spogliandosi a favore del proprietario d'un altro fondo di tale diritto a scopo di caccia. — Non repugnerebbe costituire tale servitù come personale, o, se meglio vuolsi, irregolare.

11.° La proprietà su un animale che non sia *res nullius* nulla ha di speciale; se alcuno rende la libertà a un animale salvatico è passibile d'un *actio in factum*.

12.° La cacciagione e la pesca non sono un frutto del fondo, stando con esso in attinenza casuale e secondaria.

13.° Gli animali *res nullius* presi sul fondo dall'usufruttuario, dall'usuario, dal possessore son loro nè entrano nei loro rapporti col proprietario del fondo stesso.

14.° Si considerano come frutti quando la caccia o la pesca costituiscono l'unico o il massimo reddito del fondo. Le regole sull'acquisto della proprietà rimangono inalterate. Frutto è pure il corrispettivo che altri paghi per entrar nel fondo a cacciare o pescare.

15.° In tali casi l'usufruttuario, l'usuario e il possessore debbono sottoporre anche quel prodotto o reddito alle regole riferentisi ai frutti.

16.° I prodotti, compresa la prole, degli animali che si hanno in proprietà, sono frutti.

17.° Dovendosi restituire un complesso d'animali basta rendere il numero ricevuto, stabilendosi un compenso fra quelli entrati e quelli usciti.

VII.

Il nostro tema è esaurito, ma non vogliamo prender commiato dai lettori senza richiamare la loro attenzione sullo stato attuale delle leggi sulla caccia in Italia. Ci si porgerà il destro di far voti ancora una volta onde si faccia tesoro dei grandi ammaestramenti romani, e, modellando il nostro diritto, per quanto lo comportano i tempi mutati, a quel grande esemplare, si migliori a un tempo nella sua forza scientifica, si avvicini ai supremi principi della ragion naturale, e gli si diano veste e carattere sempre più nazionali. E si era su questa via, lo diciamo a altissima lode dei nostri legislatori, e tutto faceva sperare vi si rimarrebbe; ma l'ultima relazione in proposito presentata alla Camera dei deputati farebbe perdere il massimo dei miglioramenti ottenuti, onde, per quanto riconosciamo debole la nostra voce, non possiamo a meno di protestare in nome della scienza del diritto romano, di quella, oseremmo dire, del diritto più puramente nazionale. E vogliamo credere, che, data la bontà della causa, le nostre parole non saran prive di frutto.

Saremo però brevissimi per non snaturare l'indole dello scritto presente. Non ci fermeremo a ricordare che per effetto delle conquiste barbariche la purezza dei principi romani anche in questo tema fu abbandonata: il diritto di caccia e di pesca con oscillazioni e diversità a seconda dei tempi e dei luoghi divenne una vera regalia (1). Insomma perdè la sua origine naturale e divenne qua spettanza del sovrano, là facoltà esclusiva dello Stato, in alcun luogo privilegio del sangue e simbolo d'onore (2).

(1) Vedi **Pertile** *Storia del diritto italiano* IV p. 387-396, ove è raccolta buona copia di dati e sono svolte e riassunte le vicende di questo importante istituto. - Cf. Relaz. minist. Senato - Atti interni - Sess. 78-80-II^a della leg. XIII - Vol. III p. 17 e relaz. della comm. della Camera dei dep. Leg. XIV - Sess. I - Docum. n.º 53 - A - p. 11 e segg. Del resto la caccia e la pesca potrebbero essere bel tema d'una monografia storica speciale.

(2) Così con poco divario ben si esprime la relaz. minist. cit. p. 17. — Però nello stesso medio evo si ritrovano tutti gli svariati concepibili sistemi, non escluso quello di considerare la caccia e la pesca come un appendice del diritto di proprietà sui fondi **Pertile** l. c. p. 391 n. 80.

Fu la rivoluzione francese che segnò anche in questa parte per buona ventura il crollamento dell'antico edificio (3). E da allora in tutta Europa apposite leggi furono promulgate a regolare la caccia e la pesca, segnanti tutte un progresso sul passato ma non fino a risalire alla chiare e eque massime romane (4):

(3) Fu una delle prime e sapienti novità: gli Stati generali, vero inizio pratico della rivoluzione, si riunirono, come ognuno sa, il 5 maggio 1789, e il principio della libertà della caccia fu proclamato colla legge del 3 novembre dell'anno medesimo. I modi di regolarla furono poi determinati coll'altra legge del 22 aprile 1790. Del resto il proclamato principio era tutt'altro che lesivo del diritto dei proprietari, anzi era loro più favorevole che non lo fosse il diritto romano: *ogni uomo, diceva così, ha diritto di cacciare sul suo campo, niuno ha diritto di cacciare sul campo altrui senza il permesso del proprietario*. Il Robespierre il 20 aprile 1790 sostenne la libertà illimitata della caccia, senza niun riguardo ai proprietari, quando il campo fosse spoglio, ma la sua eccessiva tesi non trovò favore. Abbiamo detto della rivoluzione francese, perchè essa, senza limiti, proclamò il principio della libertà della caccia, ma in Italia fu Pietro Leopoldo, solenne legislatore della Toscana che si mise su questa via sino dal 1777 per la pesca e dal 27 aprile 1782 per la caccia.

(4) 1.^o *Francia* Legge 3 maggio 1844 modificata dalla legge 22 gennaio 1874. — 2.^o *Belgio* Legge 26 febbraio 1846 modificata dalla legge 29 marzo 1873. — 3.^o *Portogallo* Codice civile art. 383-405, codice penale art. 254, antico codice amministrativo tit. 86.^o e 87.^o — 4.^o *Spagna* Legge 12 giugno 1834. — 5.^o *Grecia* Ordinanza della direzione della polizia amministrativa 10 marzo 1877. Non essendovi leggi speciali nel vero senso vi si ricorre senza dubbio alle regole romane. — 6.^o *Svizzera* Legge federale del 17 settembre 1875 e regolamento del 12 aprile 1876 a) Ginevra. Leggi 22 dicembre 1837, 11 gennaio 1841, 22 dicembre 1858. b) Ticino. Legge 9 giugno 1849. c) Vaud. Legge 2 dicembre 1868. d) Neuchâtel. Legge 27 giugno 1863. e) Friburgo, Legge 22 novembre 1861. f) Basilea campagna. Legge 11 aprile 1859. g) Berna. Legge 27 dicembre 1832. h) Grigioni. Legge 23 giugno 1866. i) Sciaffusa. Legge 11 marzo 1842. k) Basilea città. Legge 4 giugno 1860. l) Soletta. Legge 9 febbraio 1864. m) Appenzel Innerrhoden. Ordinanza del 28 maggio 1867. n) Appenzel Ausserrhoden. Legge di polizia art. 38-40. o) Unterwalden. Legge 26 maggio 1866. p) S. Gallo. Leggi 15 marzo 1861, 28 marzo e 6 giugno 1868. — 7.^o *Austria* Patente imperiale 7 marzo 1849. Per la Boemia decreto 1.^o giugno 1866, per Trieste legge 13 ottobre 1874, per la Stiria legge 10 dicembre 1868, per la Croazia legge 29 dicembre 1870, per l'Ungheria legge 18 febbraio 1872. — 8.^o *Gran Bretagna*. Statuti 2.^o Guglielmo IV cap. 32 (5 ottobre 1831) 7.^o e 8.^o Vittoria cap. 29 (4 luglio 1844) 11.^o e 12.^o Vittoria cap. 24 (22 luglio 1848) 23.^o e 24.^o Vittoria cap. 90 (13 agosto 1860) 25.^o e

infatti in alcun luogo si sacrificò il diritto di proprietà a quello di caccia, in altri, e furono i più, questo a quello (5), mai si ebbe un giusto riguardo alla loro coesistenza nè si risolserono bene le eventualità della loro collisione.

Nè vanno escluse da ciò le varie provincie d'Italia; per le quali, anche dopo la loro avventurata unione politica, rimase l'inconveniente d'una grande disparità di legislazione (6). La cura che

26° Vittoria cap. 114 (7 agosto 1862) 28° e 29° Vittoria cap. 60 (20 giugno 1865) 33° e 34° Vittoria cap. 57 (9 agosto 70) oltre molti punti regolati dalla *Common law*. — 9.° *Olanda*. Legge 1.° luglio 1857. — 10.° *Germania*. Decreto 31 ottobre 1848, legge 7 marzo 1850, codice penale §. 274-277. — 11.° *Danimarca*. Legge 1.° aprile 1871. — 22.° *Svezia e Norvegia* Leggi 30 agosto 1842, 3 marzo 1860 e 22 giugno 1863.

(5) Basta gettare uno sguardo sulle leggi enumerate nella nota precedente. Il *consenso* del proprietario si richiede in Francia (art. 1 l. 3 maggio 1844) nel Belgio (art. 2 legge 26 febbraio 1846) nel cantone di Ginevra (art. 1 legge 29 dicembre 1837), in Olanda ove il permesso dev'essere scritto (art. 2 legge 1.° luglio 1857), in Danimarca (legge 1.° aprile 1871), in Svezia e Norvegia eccetto nei terreni comunali. — A Trieste e in Croazia vige il sistema delle caccie riservate: in Croazia inoltre fuori dei distretti riservati la caccia spetta ai Comuni che la locano al migliore offerente. In Ungheria e in Germania (leggi citate nella nota precedente) la caccia è un'appendice del diritto di proprietà, e in Inghilterra i proprietari hanno un vero diritto di proprietà sugli animali selvatici finchè sono nel loro fondo (azione di passaggio e *trespass*): lo stesso dicasi dell'Irlanda. — Invece, tolta l'eccezione dei luoghi chiusi, coltivati e seminati, la caccia è libera, senza niun diritto nel proprietario in Austria (propriamente detta) in Boemia e nella maggior parte dei Cantoni svizzeri, come nel Ticino, a Vaud, a Nauchâtel, nei Grigioni e a Basilea.

(6) Sono più o meno in vigore e lo erano del tutto al momento della loro fusione nel nuovo regno le leggi seguenti: 1.° *Piemonte e Sardegna* Regie patenti del 26 dicembre 1836, del 16 luglio 1844 e del 1.° luglio 1845 e leggi del 26 giugno 1853 e del 5 luglio 1854. — 2.° *Lombardia e Venezia* Legge 13 febbraio 1804 e 7 luglio 1804, decreto 21 settembre 1805, 10 luglio 1806, 1.° marzo 1811, notificazione 5 luglio 1816. In *Lombardia* col decreto 20 luglio 1859 fu proclamata la legislazione sarda, rimanendo in vita quanto delle regole precedenti non le era contrario. — 3.° *Parma* Risoluzione sovrana del 1.° settembre 1824 modificata dalle posteriori 23 aprile e 28 giugno 1828, 23 aprile e 28 maggio 1835. — 4.° *Modena* Notificazione ministeriale del 24 novembre 1814 e decreto sovrano 6 febbraio 1815. — 5.° *Provincie ex pontificie* Editto del cardinale camerlingo Galeffi del 10 Luglio 1826 e del cardinale camerlingo Giustiniani del 14 agosto 1839. — Nelle Marche però il R. commissario Valerio

ebbe il nuovo Stato di regolare materie affini e alcune di stretta colleganza o anche d'assoluta essenza della caccia e della pesca aumentò lo sconcio della restante varietà di leggi (7). In quanto alla pesca però fu già provveduto con apposita legge (8), dando largo riconoscimento alla proprietà privata: nulla invece si è potuto condurre a termine riguardo alla caccia.

Ma non che studi e proposte non si facessero in gran numero sino dagli inizi del nostro risorgimento: si fecero e con severo corredo di erudizione e felicità di progetti (9). Soffermiamoci all'ultimo, quello vicino a giungere in porto se non lo impedissero le

con decreto 10 dicembre 1860 promulgò la legislazione sarda sulla caccia qui sopra ricordata. — 6.^o *Toscana* Legge 3 luglio 1856 che riunisce e codifica tutte le precedenti disposizioni in materia di caccia e di aucupio pubblicate dal 1793 in poi. — 7.^o *Ex regno delle Due Sicilie*. Legge 18 ottobre 1819.

(7) Innanzi tutto il codice civile nell'art. 712 non si limitò a riprodurre il corrispondente art. 715 del codice Napoleone ma vi aggiunse anche l'art. 683 dell'albertino. Esso è concepito così: « L'esercizio della caccia e della pesca è » regolato da leggi particolari. *Non è tuttavia lecito d'introdursi nel fondo » altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore* ». Questa seconda parte a noi pare abolisca già di per se tutte le precedenti disposizioni prima in vigore su tale tema in quanto ad essa contrarie. — Inoltre 1.^o la legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 delegò (art. 172 n.^o 20) ai Consigli provinciali la facoltà di determinare il tempo durante il quale la caccia può essere esercitata; 2.^o la legge 6 luglio 1871 per la sicurezza pubblica regolò il porto d'arme; 3.^o la legge 8 giugno 1874 stabilì all'art. 4 i diritti da pagarsi per i permessi di caccia; 4.^o la legge 23 dicembre 1874 estese la precedente legge dell'8 giugno del medesimo anno.

(8) La legge in vigore sulla pesca in tutta Italia è del 4 marzo 1877 (n.^o 3706 serie 2.^o). Riguardo alla tutela della proprietà privata così si esprime l'art. 16 « Chiunque eserciti la pesca nelle acque di proprietà privata, ovvero » in quelle soggette a diritti di pesca, *senza il permesso del proprietario, possessore o concessionario...*, incorrerà in una pena pecuniaria estensibile a 200 » lire, eccetto il caso in cui il fatto costituisca un reato maggiore ».

(9) Anzi un primo progetto fu già presentato alla Camera subalpina il 21 aprile 1853: la legge che ne venne fuori però in data del 26 giugno si limitò a regolare punti secondari. Il 18 novembre 1862 il ministro **Pepoli** presentò al Senato del regno nn progetto (sessione 1861 n.^o 210 all. A) che non ebbe seguito. D'iniziativa dei deputati **Sanguinetti** e **Salvagnoli** un nuovo disegno fu presentato alla Camera il 27 maggio 1867 e fu approvato il 4 giugno 1869, ma non giunse in porto al Senato. Gli studi e trattive internazionali seguirono senza posa e condussero alla elaborazione dell'ultimo progetto del 1879.

vicende parlamentari. Esso fu presentato al Senato del Regno nella tornata del 7 giugno 1879 dal ministro d'agricoltura, industria e commercio **Maiorana-Calatabiano**. Splendida è la relazione che lo precede e ben degna della penna d'un valente economista: v'hanno ricerche, notizie e osservazioni preziose che indarno si tenterebbe ritracciare altrove (10). Il progetto di legge ivi unito ci par degno di molto encomio: consta di 30 articoli, ha riguardo a tutti i lati connessi colla caccia ed è all'altezza delle esigenze moderne. L'ufficio centrale del Senato (11) presentò la sua relazione il 30 gennaio 1880 proponendo fosse approvato il progetto ministeriale, salvo leggieri divari (12): aperta su di esso la discussione al Senato il 15 aprile, veniva esaurita il 16 dello stesso aprile 1880, approvando il progetto con poche modificazioni, e niuna essenziale (13). Così accettato dal primo ramo del Parlamento

(10) Atti interni del Senato - Legisl. XIII Sess. II - Vol. 3.º - N. 132. - È superiore a ogni elogio e vi si ricorre sempre con frutto. La introduzione occupa 27 pagine, segue il progetto in 30 articoli e in appendice v'hanno sette utilissimi allegati, di cui il primo contiene le leggi italiane sulla caccia (p. 39-86), il secondo le leggi estere (p. 87-220), il terzo i voti dei corpi morali (p. 221-252), il quarto i periodi di caccia stabiliti dai Consigli provinciali dal 1865 al 1878 (p. 253-324), il quinto i vari modi di caccia usati in Italia (p. 325-369), il sesto la statistica delle licenze di caccia dal 1870 al 1878 (p. 370-376), il settimo la convenzione internazionale sulla caccia fra l'Italia e l'Austria (p. 377-380).

(11) L. c. n.º 132-A. L'ufficio centrale era composto dei Senatori **Torelli**, **Cambray-Digny**, **Maiorana-Calatabiano**, **Borgatti** e **Vitelleschi** relatore. Il **Maiorana-Calatabiano** ne faceva parte, perchè nel frattempo gli era succeduto il **Miceli** alla direzione del ministero d'agricoltura e commercio.

(12) Erano più che altro di forma. Oltrepasseremmo i limiti impostici, discutendoli, ma non possiamo nascondere che per lo più avremmo preferito tale e quale il disegno del ministero. Riguardo al caso nostro una sola modificazione si proponeva, ma non essenziale: la riferiremo qui sotto alla n. p. — Per la chiusura della II sessione della XIII legislatura il ministro d'agricoltura, industria e commercio **Miceli** ripresentò identico il progetto di legge del suo predecessore il 21 marzo 1880, e l'ufficio centrale precedente riconfermato ripresentò identica relazione il 9 aprile dell'anno medesimo.

(13) Alla discussione, oltre il ministro **Miceli** e il relatore **Vitelleschi**, presero parte i senatori **Pantaleoni**, **Maiorana-Calatabiano**, **Casati**, **Cambray-Digny**, **Tabarrini**, **Amari**, **Cencelli** e **Pescetto**. Senato, legisl. XIII, sess. III discussioni da p. 227 a p. 266. - Vedi sulle modificazioni, specie in attinenza al nostro tema più sotto n. p.

fu presentato alla Camera dei deputati dal ministro Miceli il 1.º giugno 1880 (14) e la Commissione nominata per esaminarlo presentò la sua relazione il 24 marzo di quest'anno, proponendo varie novità, una fra le quali contro cui ci pare debito nostro, e in colleganza coll'argomento di questo scritto, alzare la voce e far voti che venga respinta (15).

La legislazione della caccia involge una complicata quantità d'interessi economici, industriali, igienici, agricoli e giuridici. Tutti vogliono esser tutelati e riconosciuti in modo da non sacrificar gli uni a vantaggio degli altri. Sebbene ci sembri, lo ripetiamo, ben raggiunto l'arduo scopo nelle enumerate proposte, pure alcune osservazioni non sarebbero fuori di luogo: ma noi, lasciando a altri più competenti il discutere l'argomento da altri punti di vista, limitiamoci alla questione giuridica, ai rapporti cioè fra il diritto di caccia e quello di proprietà (16).

Un progetto di legge che avesse nell'opera di unificazione tralasciato di risolverla avrebbe negato il suo intento, con appa-

(14) A dir più preciso fu presentato il 26 aprile 1880 (Camera dei deputati, legisl. XIII, sess. III, Docum. 95) con una breve relazione in cui gli articoli riguardanti i rapporti fra i diritti di caccia e di proprietà sono difesi con quella semplice abilità che proviene dalla giustizia intrinseca della cosa. — Siccome pochi giorni dopo fu chiusa la legislatura, così il ministro **Miceli** dovè ripresentarlo, inaugurata la XIV, il 1.º giugno 1880. Camera dep., legisl. XIV, Doc. 53.

(15) Camera dep., leg. XIV doc. 53 A. — La commissione era composta dei deputati **Meardi** presidente, **Lugli** segretario, **Ruspoli E.**, **Carcani**, **Del Giudice**, **Pullé**, **Baratieri**, **Giovannini** e **Sanguinetti A.** relatore. L'on. **Del Giudice** cessò di farne parte per la sua nomina a segretario generale. — Se da un lato sarebbe a deplorare un ritardo di circa due anni a presentare la relazione, dall'altro è da ascriverlo a fortuna perchè le innovazioni proposte, secondo noi improvvide, chiusa di nuovo la legislatura, è più facile non abbiano seguito.

(16) P. e. la proibizione d'ogni caccia con paretelle e in genere con reti mobili e portatili, che si tendono sul terreno o attraverso i campi, le macchie e le strade, colle reti ritte o verticali lungo la riva del mare, con le passate ecc. o è stranamente esagerata o è in contrasto col niun divieto dei paretai e delle altre caccie a rete fissa, che menano strage certo del pari e forse più grande d'uccelli. — Vedi petizione dei soci del Circolo dei cacciatori di Pisa — Pisa 1882 p. 13 segg. — Del resto a noi preme considerare la cosa dal punto di vista giuridico, cioè nei rapporti fra il diritto di caccia e quello di proprietà.

renza di risolvere non avrebbe risoluto il più importante problema: tale stranezza fu evitata in tutte le proposte fino al progetto del Senato, quando con molta nostra sorpresa l'abbiam vista sostenuta nell'ultima relazione presentata alla Camera dei deputati (17).

Il progetto del Maiorana-Calatabiano (18) si ispirava ai più sani principi scientifici e nella introduzione professava il massimo ossequio al diritto romano e ne svolgeva con sufficiente precisione le teorie. Per esso il diritto di caccia, nei tempi e nei limiti prescritti e richiesti da ragioni agricole, economiche ecc., è libero: può esercitarsi sì nel fondo proprio che nell'altrui e la preda è sempre dell'occupante che la fa sua coll'intenzione di divenirne proprietario. Il proprietario però può proibire l'ingresso nel fondo a scopo di caccia: che se non ostante il cacciatore v'entri, per cotesto solo fatto è punibile con una pena da 20 a 50 lire, oltre i danni interessi se v'è luogo (19). Che se il

(17) La sorpresa è tanto più strana, che in massima noi crediamo già decisa la questione dall'art. 712 del Codice civile italiano: *Non è lecito introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore.* È vero che le leggi speciali derogano le generali, ma è pur vero che le posteriori distruggono le anteriori. Il Codice civile, posteriore a tutte le leggi sulla caccia vigenti in Italia, le abolì in cotesto tema, e pur dichiarando che anche in avvenire leggi speciali avrebber regolato la caccia, escluse dalla loro orbita cotesto punto vitale, decidendolo sin da allora, e non lasciò loro che il potere di attuarlo, cioè di determinarne le modalità. In conseguenza, la nuova legge tacendo, rimarrebbe sempre in vigore l'art. del Codice, ed essa non avrebbe raggiunto il suo intento, e avrebbe lasciato diverso solo il modo di determinare cotesto divieto, e le conseguenze che debbano provenirne.

(18) L. c. p. 16-17. I principi di diritto romano sulla questione vi sono bene riassunti. Ne manca uno però che forse non era fin qui posto in tutta la sua vera luce, che cioè, essendo la caccia l'unico o il massimo reddito del fondo, essa può considerarsi fra il proprietario e gli altri aventi diritti reali sul suo fondo come un frutto e subirne tutte le conseguenze. Sarebbe anche da osservare, come noi abbiám fatto, che passa enorme differenza, tanto da giungere a risultato opposto, fra i *vivaria*, gli *omithones*, le *piscinae* da un lato, e le *silvae circumseptae*, dall'altro. Vedi sopra p. 36 e segg.

(19) Ecco gli articoli che vi si riferiscono. Art. 9 « A nessuno è lecito » d'introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del » proprietario. Lo stesso è dei laghi e degli stagni di privata proprietà.

» Il divieto è presunto:

» a) Quando il fondo sia chiuso ai termini del codice penale.

contravventore abbia fatto alcuna preda essa riman sua, la proprietà non estendendosi alle *res nullius* che anzi ne sono la negazione (20).

Queste regole sapienti costituivano uno dei punti migliori e segnavano una delle massime bellezze del progetto. Al Senato, tanto s'imponevano colla loro sapiente equità, non sollevarono nemmeno discussione: passarono con unanime approvazione (21). Ma

» *b*) Quando il terreno sia seminato o vi sia raccolto pendente, sia di piante arboree che erbacee.

» Il divieto è espresso quando consta dall'apposizione lungo il fondo e singolarmente sulle strade che conducono ad esso, di un sufficiente numero di segnali portanti una iscrizione che indichi il divieto di caccia.

» Può esser considerato come non cadente sotto questo articolo il fatto del passaggio dei cani sul terreno altrui, allorché essi perseguitano una selvaggina scovata sul fondo o del loro padrone o di chi non ha fatto divieto di caccia, salvo l'azione civile in caso di danni ».

Art. 12. « I contravventori all'art. 9 pel solo fatto dell'ingresso nel fondo altrui, sono puniti con una pena da lire 20 a 50, oltre i danni interessi, se v'è luogo, e senza pregiudizio di pene maggiori pronunziate dal Codice penale.

» La pena è portata al doppio, ne' casi specificati alle lettere *a* e *b* dell'art. stesso ».

Art. 16 «..... nel caso di cui art. 9, l'azione di ufficio non può essere esercitata dal Ministero pubblico senza che siavi la querela delle parti lesa. Il querelante non è tenuto a costituirsi parte civile che nel caso voglia pretendere ai danni interessi ».

(20) Infatti niuna disposizione del progetto si riferisce alla preda, la quale, oggetto d'occupazione, rimane di chi la catturò.

(21) La relazione dell'ufficio centrale del Senato (l. c. p. 4) non solo accetta le proposte del ministro, ma le giudica le più miti possibili. Noi però non sottoscriveremmo certo alle eccessive sue parole: per noi è tutt'altro che vero che *la civiltà e la scienza abbiano convenuto nel considerare l'esercizio della caccia come una parte del diritto di proprietà*; per noi è falsa l'affermata ragione teorica e pratica che *gli animali finché dimorano o si trovano sopra un terreno costituiscano pel suo padrone una specie di proprietà possessoria*. Del resto si proponeva la precisa accettazione degli articoli relativi, solo abbassando a 5 lire il minimo della multa prescritta dall'art. 12. Nella discussione furono approvati tali e quali questi articoli, di cui il 9.º divenne 10.º e il 12.º divenne 14.º, e fu un continuo omaggio reso alle massime del diritto romano. — Portato il progetto alla Camera, la Commissione, dopo due anni, presentò la proposta di sopprimere tutti cotesti articoli e lasciare insoluta la questione, distruggendo così l'economia del progetto di legge.

la Commissione eletta dagli uffici della Camera propose tali novità che, lo confessiamo, rendono per noi preferibile non procedere oltre e lasciar le cose come stanno a una unificazione che oblii uno de' punti essenziali. Infatti essa propone di non risolvere il lato giuridico della questione, i rapporti cioè fra il diritto di caccia e quello di proprietà e di lasciare le precedenti regole in vigore nelle varie provincie d'Italia: ciò, prescindendo da altre novità di minor rilievo, cui pure non potremmo sottoscrivere (22).

E quali ragionamenti consigliarono la Commissione a tanta e sì fatale novità? ci pare pochi di numero e deboli di valore. E si noti che il relatore Sanguinetti fa a più riprese plauso al diritto romano (23) e nel paragrafo in cui si propone di conclu-

(22) È troppo lungo discorrerne e ci allontanerebbe dal nostro tema, ma in altra occasione potremo per avventura dimostrare la superiorità in tutto del progetto del ministero come era uscito dal Senato.

(23) I principi del diritto romano sono tanto noti (e noi abbiám combattuto i pochi che vorrebbero negarli) che è ben facile rintracciarli e riprodurli. Il relatore in genere li riporta bene, ma, sebbene la cosa non abbia importanza pel progetto discusso, con una certa superficialità e mostrandosi digiuno di studi romanistici. Certo non è necessario che tutti conoscano il diritto romano, ma ben sarebbe chi non lo poté meditare si astenesse dal parlarne da conoscitore, citandone le fonti ecc.: allora si trascrive uno dei tanti autori che ne trattano, come appunto il relatore fa pel medio evo. — A p. 11 rel. cit. si dice che il proprietario del fondo poteva proibirne l'ingresso ai cacciatori e che la legge tutelava con analoghe sanzioni il diritto di proprietà: questa seconda affermazione non è precisa, ma, prescindendo da ciò, ecco in nota come son citate le fonti: « Libro 1 » Digesto *Uti possidetis* libro 2 Digesto *Qui alienum ingreditur fundum, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur* ed il libro 5 » dello stesso Digesto *De acquirendo rerum dominio* » !! Basta conoscere gli elementi del diritto romano per capire che l'*Uti possidetis* non ha nessun rapporto col nostro tema. La citazione poi a quel modo non ha senso e in ogni maniera non è vera: *Uti possidetis* è la rubrica del titolo XVII del libro XLIII del Digesto. — Anche la seconda citazione, data la composizione del Digesto, è priva di senso; le parole riferite si trovano invece nei seguenti passi del Digesto l. 3 §. 1, l. 5 §. 3, D. de acq. rer. dom. XLI 1, l. 13 §. 7, D. de iniuriis XLVII 10, nelle Istituzioni giustiniane §. 12, 14 l. de rer. div. II 1 e in quelle di Gaio II §. 67!! In quanto poi al libro 5 del Digesto *De acq. rer. dom.* è anch'esso un errore perchè *De acq. rer. dom.* è il titolo I del libro XLI. Così è detta poco dopo di Giustiniano un'opinione che non fu la sua, anzi ne fu respinta; così son del pari curiose le altre citazioni ecc. Concludendo, la relazione professa il meritato ossequio al diritto romano ma mostra di conoscerlo poco.

dere per l'abolizione di qualunque disposizione in proposito nel progetto di legge, comincia dal difendere con calore quelle veramente sapienti, che vi erano! (24) « Il divieto, egli dice, con cui » il proprietario inibisce la caccia nei suoi fondi è una logica conseguenza del diritto di proprietà. Nè si dica che in tal modo » e con tale divieto si lede un diritto primigenio, quello di *cacciare*, di acquistare cioè colla prima occupazione animali che » sono di nessuno. A questo rispondiamo: se la prima occupazione dà al cacciatore diritto di proprietà assoluta sulla preda acquisita colla caccia, perchè la prima occupazione, origine del diritto di proprietà, non darà essa al proprietario del fondo un diritto altrettanto esteso? Forsechè nella vita civile delle nazioni è meno importante e meno nobile l'attuazione del diritto della proprietà fondiaria, che il diritto dell'esercizio della caccia? Quantunque i due diritti sieno egualmente nobili, pure dobbiamo riconoscere che la società moderna, la quale ha per base l'industria agraria e la proprietà stabile, è senza paragone molto più avanzata che le tribù selvaggie che vivevano di caccia. Dunque, nel conflitto dei due diritti, quello della proprietà dovrebbe, a nostro avviso, aver la preferenza su quello della caccia. Sostenere che il diritto di possibile realizzazione, di ottenere, mediante la prima occupazione, la proprietà d'una cosa, abbia la virtù di limitare la proprietà di una cosa che si ottiene in origine con la stessa prima occupazione, è una contraddizione, un assurdo. Ond'è che l'art. 10 del disegno di legge, approvato dal Senato, valutato nel campo del puro diritto, meriterebbe che la Commissione lo presentasse alla vostra approvazione; ma... » (25).

Ma invece poco dopo si propone tutto il contrario, cioè di non occuparsi d'un punto tanto vitale. Ed ecco brevemente le cause che decidono a vincere tanto giusto e contrario entusiasmo: 1.^o spesso *summum ius est summa iniuria*. 2.^o I cacciatori romani

(24) È il §. XIII p. 15 l. c. che infatti comincia così: « La legislazione dell'antico diritto romano è quella che più si avvicina al vero giure, quale » è propugnato dalla moderna filosofia ». Vengono poi dei ragionamenti filosofici, che non son certo indiscutibili, ma che tendono anch'essi a confermare i principi romani e a dimostrare, dice il relatore stesso, che l'art. 10 del Senato meriterebbe d'essere approvato!

(25) L. c. §. XIII p. 16.

e siciliani, sostenuti da argomenti giuridici, che la Commissione stessa reputa in gran parte inattendibili, hanno protestato contro l'adozione del principio del divieto nelle loro provincie. 3.° Si avrebbe avuto un regresso proponendo di estendere le disposizioni meridionali e romane al resto d'Italia. 4.° I latifondi di queste provincie non debbono favorirsi e quasi privilegiarsi. 5.° In esse avverrebbero inimicizie, questioni, vendette e delitti fra guardiani e cacciatori. 6.° In ogni modo la questione rimane insoluta e il principio in discorso potrà accettarsi quando il territorio romano e meridionale si troverà nelle condizioni in cui quello dell'Italia del nord.

La loro enumerazione ci sembra condanni tali ragioni: pure non sarà inutile una breve replica a ciascuna, cercando di non ripetere quello che la Commissione stessa ammette, che tutti i giuristi riconoscono o che risulta anche delle precedenti pagine di questo breve lavoro.

1.° *Summum ius summa iniuria* è antica verità, ma non vediamo come abbia attinenza col caso nostro. Giuristi di valore, lo sappiamo, han sostenuto che il diritto di proprietà include quello di caccia, che anzi si estende sugli animali che si trovano sul fondo: questo sarebbe il *summum ius*, ma non il riconoscere al proprietario il diritto positivo di rilasciare il permesso e tanto meno quello negativo del divieto: non siamo altro che in tema di *aequitas* e spinta alle minime conseguenze possibili. Più in là il diritto di proprietà sarebbe senza dubbio violato, e con esso anche l'art. 712 del Codice civile che, secondo noi, revoca ogni precedente disposizione, e parla di divieto del proprietario espresso in qualunque modo (26).

(26) A questo proposito l'ultimo articolo del progetto della Commissione, art. 30, suonerebbe così: « Restano abrogate tutte le leggi, decreti o ordinanze » tuttora vigenti sulla materia regolata dalla presente legge, eccettuate le disposizioni concernenti le bandite e l'esercizio della caccia in relazione al diritto » di proprietà ». Con ciò s'intende di lasciare in vigore l'art. 712 del Codice civile? se sì, divengono inutili le soppressioni, anzi giungono al risultato opposto, perchè, abolite tutte le leggi speciali, il divieto varrà opposto in qualunque modo: se no, come la Commissione non si è avveduta di questa conseguenza e ha potuto a cuor leggiero proporre l'abolizione d'una delle massime del nostro diritto civile?

2.° Quando nelle petizioni inviate dai cacciatori romani e napoletani al parlamento si parla di *privilegi e monopoli* che proverrebbero dall'adozione del sostenuto principio non si può non provare la più alta maraviglia. Tali appellativi dati al puro riconoscimento equo e il più mite possibile dell'esercizio d'un diritto che è fra le basi della moderna società, rappresenta, a dir poco, la confusione delle lingue, la perdita dei più sani e indiscussi postulati giuridici. Privilegio, e spoglio d'ogni ragione, è quello di lasciare indifesi i proprietari contro i cacciatori nella aperta violazione del loro diritto. I caratteri, siam per dire classici, d'esser la proprietà un diritto *assoluto, esclusivo, irrevocabile* sarebbero miseramente sovvertiti. Unico limite alla volontà del proprietario nel disporre delle cose sue è il diritto pubblico sotto la cui protezione è il privato: cioè le sole necessità sociali possono giustificare delle restrizioni, e tutti i popoli ne hanno ammesse, al diritto di proprietà. Ma devono essere restrizioni necessarie, indeclinabili, altrimenti si cade nel privilegio e nell'ingiustizia. Or nulla richiede costringere il proprietario a permettere che ciascuno possa entrare e rimanere a suo beneplacito nel fondo a scopo di caccia o colla scusa della caccia: ognuno sa come la caccia, massime in certi modi, sia un uso ampio, minuto, svariato del fondo. Per occupare *res nullius* si viene a render *nullius* le cose che per eccellenza costituiscono proprietà privata. Anzi le necessità sociali oggi consiglierebbero il contrario, perchè sia riconosciuto doversi limitare quanto è possibile la caccia, impedire la temuta distruzione degli animali, principio cui il progetto di legge si ispira. Insomma sosteniamo una tesi così chiara e sicura, che ci parrebbe far torto ai nostri lettori se insistessimo di più: ci parrebbe, per ripetere l'antico proverbio, di portar vasi a Samo e nottole ad Atene.

— Nè vogliamo spender troppe parole a combattere la teoria dei diritti acquisiti: accettandola dovremmo seppellir subito il progetto di legge. In tutte le sue novità urta contro gli esistenti diritti in certe provincie o in tutta Italia: tale la sorte di tutte le nuove leggi che sostituiscono le antiche, massime di quelle unificatrici. Ognuno di noi, nel nostro patriottismo, pel beneficio di stringerci più in una sola famiglia, per l'orgoglio di spingere il nostro diritto nelle vie dell'equità e del progresso, per compenso ai vantaggi del nostro risorgimento, dobbiamo accettare i danni che per avventura ce ne provengano. In linea giuridica ci troviamo dinanzi a leggi romane e napoletane che è diritto, anzi secondo noi dovere, del potere

legislativo il modificare. Che se risaliamo alle origini storiche, allora rinnegheremmo i principi liberali, che sono stati guida gloriosa del nostro nuovo Stato e primo decoro del secolo. La stessa rivoluzione francese e la nostra italiana non furono che proteste dei popoli sofferenti contro il principio di vecchi istituti basati sì su secolari diritti, ma non più all'altezza de' tempi. Tutta la nuova nostra vita liberale, tutta la legislazione che ci regge sono altrettante proteste contro la teoria dei diritti acquisiti: per essa avremmo ancora i resti del sistema feudale e tutto il grande e omai crollato edificio del diritto divino. — E poi vediamo le cose più da vicino: l'art. 9 della notificazione del Cardinal Giustiniani del 14 agosto 1839, riportando l'art. 9 dell'Editto del Cardinal Galeffi del 10 luglio 1826, dispone che *nessuno senza il consenso del proprietario potrà far caccia nei terreni altrui, i quali sieno muniti di muro, siepe o altro riparo.... che impediscano l'ingresso....* e gli art. 10 e 11 inibiscono la caccia, anche mancando i ripari nei luoghi coltivati o predisposti a cultura e nei *vasti tenimenti vallivi e paludosi.... che hanno, per essenza d'un periodo non mai discontinuato, prodotti industriali o naturali di molteplici specie....*: (27) e in quanto alle provincie napoletane e siciliane l'art. 151 della legge in vigore del 18 ottobre 1819 proibisce la caccia *nei luoghi riservati per tale scopo al Re, e, senza il consenso del proprietario, nei fondi chiusi da mura fabbricate o a secco, da siepe, da fossato o da riparo di terra che giunga a palmi cinque* (28). Or bene quali innovazioni proponeva il progetto del Senato e del ministero? che oltre ai ripari ricordati nelle leggi romane e napoletane, secondo li ammette il codice penale italiano art. 786 n. 2, il divieto del proprietario potesse esprimersi coll'apposizione di un numero di segnali lungo il fondo con apposita iscrizione; null'altro, e ciò, *incredibile dictu*, è sembrato enorme, privilegio, e monopolio!! Se i proprietari di vasti terreni della provincia di Roma o delle napoletane o siciliane si pongono d'accordo e li cingono d'una siepe o d'un fosso, cosa non difficile, allora nulla si trova a ridire, se invece indicano la loro volontà con dei pali e cartelli, allora i diritti dei cacciatori sono calpestati e

(27) Vedi progetto del ministro **Maiorana-Calatabiano** al Senato l. c. p. 68, p. 71-72.

(28) L. c. p. 74.

peggio!! E si noti che, qualunque sieno le espressioni delle leggi romane e napoletane, le fosse, le siepi, gli argini alti 5 piedi non sono richiesti come assoluti impedimenti al passaggio (29), ma come non dubbi segni del divieto dei proprietari. L'aggiungere come bastanti i pali colle scritte è un piccolo passo, consono alle modernè idee di semplicità e alla progredita istruzione, per cui va scemando e si estinguerà a poco a poco il numero degli anal-fabeti. — Che se, come speriamo, l'art. 10 e gli altri a lui collegati, improvvidamente soppressi dalla Commissione, diverran legge, non crediamo che i proprietari se ne varranno in modo sensibile nei luogi vasti e incolti: essi nella generalità non ricorreranno alle scritte; come non eran prima ricorsi alle siepi, ai fossi, ai rialzi. Noi anzi crediamo potrebbero a ragione, reagendo come è natura dell'uomo, ricorrere a tali mezzi loro anche ora concessi, quando vedessero un sì ingiusto obbligo de' loro diritti, e un così preponderante favore dei cacciatori, massime in pratica senza loro sensibil vantaggio. — E si noti che il progetto ha ben altre novità, giuste quando si vuole, ma ben più gravose pei cacciatori: p. e. la proibizione di qualunque caccia con reti mobili e portatili (30); di esse niuna lagnanza, mentre tante per l'altra improntata ai più rigorosi principi di giustizia e riducentesi a una pura questione di forma.

3.^o Abbiamo dimostrato come unico equo consiglio sia riconoscere al proprietario il diritto del divieto, espresso con determinati modi, compreso quello delle scritte intorno al fondo; e abbiamo visto come nelle provincie napoletane e nella romana ben

(29) Infatti poco ci vuole a oltrepassare ripari di terra di cinque palmi ecc. Tanto è vero che l'ultima notificazione pontificia permette sì tengono nonostante dei custodi a guardia di quelle proprietà (art. 12) ecc.

(30) Compresa quella nelle uccelliere a penera cinte da muro di altezza non minore di un metro, che il Senato aveva ammessa. Vedi petiz. del cir. dei cacc. di Pisa p. 12 sgg. in cui si dimostra l'equità dell'eccezione senatoria. Così la disposiz. che non scoprendosi i contravventori alle lettere *d* e *f* dell'art. 4 ne sono responsabili i mezzadri o gli affittaiuoli e in loro mancanza i proprietari del fondo (art. 12 del prog. della comm. della Camera). Quindi i proprietari non possono proibire l'ingresso nel fondo al cacciatore, ma se questo v'entra (e il proprietario ha molti e estesi beni e il centro de' suoi affari lontano) e pone un laccio nel fitto d'un bosco il proprietario può esserne responsabile!!

poco, anzi nullo in massima, sarebbe lo svantaggio dei cacciatori. — Ma in ogni modo a nostro avviso minore male sarebbe stato estendere alle altre provincie il principio vigente in quelle napoletane e romane. Unico regresso (poichè lo chiama così anche la Commissione) sarebbe stato per certi luoghi, ove già è in uso il sistema delle bandite, cioè delle scritte ecc., ma ne sarebbe provenuto un vantaggio e ben giusto pei cacciatori in quelle in cui è necessario ora il *permesso* del proprietario, condizione, come si capisce di leggieri, ben più gravosa (31). Ma d'altro lato si avrebbe avuto salvo il principio del divieto, si sarebbe raggiunto lo scopo dell'unificazione, si sarebbero poco urtati i proprietari delle altre provincie ov'è il sistema delle bandite, perchè tutto per loro sarebbe ridotto a cingere i fondi con una siepe invece che con delle scritte e si sarebbero conservate le disposizioni provvide e unificatrici degli art. 13, 17 e 29 sopprese con molto danno dalla Commissione. Insomma fra i due danni sarebbe stato senza dubbio il minore. — E v'è di più: un'altra via si presentava alla Commissione e non quelle sole da essa enumerate come possibili (32):

(31) Vedi le leggi veramente eccessive in *favore dei proprietari* di Modena; e la Commissione vorrebbe lasciarle in vigore, sebbene, pur secondo i suoi principi, sieno contrarie ai sommi principi del giure, alle massime romane ecc. Meno male, lo ripetiamo, che secondo noi sono già abolite dall'art. 712 del Codice civile.

(32) Cioè se ne offrivano anche altre. P. e. si potrebbero accettare le conclusioni in proposito della citata petizione dei cacciatori di Pisa, che non urterebbero le consuetudini toscane, per cui non si può far bandita nei terreni costantemente sodi, e quasi del tutto soddisfarebbero alle richieste dei napoletani e dei romani. 1.° Contro il divieto del proprietario, espresso con l'apposizione di cartelli, non è lecito introdursi a scopo di caccia nei terreni coltivati o disposti a cultura. 2.° È lecito a chicchessia esercitare la caccia nei fondi destinati non a cultura, come il lido del mare, i terreni costantemente sodi, i fiumi, i torrenti, i laghi, gli stagni e le paludi. 3.° I proprietari dei fondi non destinati a cultura potranno interdire l'esercizio della caccia nei medesimi in tutto o in parte colla effettiva e materiale loro chiusura con muro, siepe e stecconato..... — Non potremmo ammettere l'aggiunta della tassa, che si risolvrebbe in un altro gravame della proprietà e sarebbe assurdo esercitando il proprietario una facoltà inerente al suo diritto. — Del resto se concordiamo quasi del tutto nelle ultime conclusioni non possiamo accettare tutti i ragionamenti della pet. cit. pag. 3-11, secondo cui l'art. del Senato si dichiara enorme, si loda poi il diritto romano che lo conferma, si fa risaltare l'art. 712 C. c. che ne è la base, si dà ragione alle

accettare in questo tema intero il progetto del Senato, aggiungendo solo nell'art. 10 « il divieto espresso per mezzo di cartelli, non è ammesso nella provincia di Roma e nell'ex-regno delle due Sicilie (33) ». Riman fermo però che discorriamo di mali *minori*: l'unico consiglio giusto sarebbe stato quello di accettare senz'altro il principio del divieto sì presunto che espresso.

4.° Il timore di favorire i latifondi manca di base: ove sono ora nel senso medievale e anche in quello di Plinio i latifondi? — Vi sono è vero proprietà più o meno estese, ma tutte libere egualmente, rette da identiche leggi, sottoposte agli stessi pesi, in diritto d'essere tutelate a un modo solo dallo Stato. L'estensione è un carattere accidentale che nulla toglie all'essenza del diritto: e niuno potrebbe impedire ai proprietari di dividere i loro fondi in molte piccole parti. E poi se si trova giusto, e bene a ragione, d'abolire tanti antichi legami, e, non si può nascondere, ledere i diritti di intiere famiglie, per ossequio alla economia generale, sarebbe un agire sleale arrestarsi quando si tratta d'arrecare dei vantaggi pur essi suggeriti dallo stesso ossequio ai principi di giustizia. Si potrebbe insinuare che la nuova legislazione agisce non per criteri obiettivi, ma in odio di certe persone e di certe classi, pronta sempre a arrecar loro quei danni che sono conseguenza de' suoi principi, ma restia a accordar loro i vantaggi che a fil di logica pure ne provverebbero. — E un'altra osservazione: se il timore nasce dalla vastità dei beni di certi proprietari, allora perchè non porre un limite di spazio e applicare il principio del divieto alle proprietà che non lo superano? lo consiglierebbe ogni massima di giustizia per evitare di non applicare una teoria come conseguenza d'una data causa a un ente che ne manca. Nella provincia di Roma e nelle napoletane v' hanno estese proprietà, ma non mancano le ristrette e in certi luoghi son numerose, anzi in maggioranza; e, secondo gli stessi concetti della Commissione, non è giusto trattarle in modo diverso da quello delle piccole proprietà delle altre parti d'Italia (34).

lagnanze del **Sanguinetti**, e si finisce per riproporre l'art. del Senato salvo modificazioni accettabili, ma nell'essenza ben lievi. Insomma le singole idee vi son giuste, ma non ben collegate e contraddittorie.

(33) Certo sarebbe l'estrema concessione possibile, ma, trattandosi solo di modalità d'esprimerlo, sarebbe conservato il principio del divieto, l'unico giusto.

(34) L. c. E poi, o codesti vasti possessi sono coltivati e allora e secondo gli art. 10 e 11 dell'editto del Card. Giustiniani e secondo gli elementari prin-

5.° Abbiamo già detto come tanto poca sarebbe la innovazione da non temere troppi urti fra guardiani e cacciatori: ben più sarebbero da temerne per l'abolizione assoluta di certi modi di caccia molto in uso in certi luoghi. In ogni modo la novità sarebbe difesa dalla sua intrinseca giustizia, e tutto si ridurrebbe sui primordi a un certo tatto dei proprietari. Che se i poteri legislativi dovessero arrestarsi nelle disposizioni reclamate dalla giustizia dal timore di possibili, tutt'altro che certe e giustificate reazioni, niuno è che non veda come sarebbe paralizzato anzi distrutto il loro ufficio.

6.° Lasciare insoluta tanto vitale questione, è come la statua di Pigmalione cui mancava la vita. Meglio allora lasciar le cose come stanno su tutta la linea. Lo scopo della legge è unificare le regole della caccia e risolverne i problemi: lo tradirebbe lasciando l'attuale varietà in uno de' più gravi quesiti, quello cioè che ne rappresenta il vero lato giuridico. E poi è un fatto che di fronte alle nostre leggi, lo ripetiamo, una sola è la proprietà: niuna differenza fra quella delle une e delle altre provincie.

Chiudiamo con un'ultima risposta. La Commissione dice d'aver proposto di sopprimere l'art. 10 e gli altri passi del progetto suoi corollari « per togliere tutte le difficoltà che, come avvenne anche » nel passato, possano far naufragare il disegno di legge ». Noi crediamo che la sua proposta sia invece certa causa di naufragio (35). La Commissione pare voglia indovinare il pensiero del Parlamento, ma esso, per tutti i suoi precedenti, sta contro di lei e è facile provarlo. La legge sulla pesca del 4 marzo 1877 all'art. 16 richiede il *consenso* del proprietario quando, s'intende, si tratti di acque di proprietà privata. Il progetto ultimo di cui si occupò la Commissione fu approvato dal Senato senza discussione riguardo all'art. 10. Infine la Camera dei deputati il 4 giugno 1869 approvò un progetto il cui art. 9 suona così: « A nessuno è lecito di introdursi a cacciare nel fondo altrui senza il permesso del possessore », cioè in modo ben più rigoroso di quello attuale che ab-

cipi del diritto è necessario escluderne la libertà della caccia, e sono incolti e costantemente sordi e alla espressione del divieto si possono richiedere segni più gravi, come muri, fosse ecc. Così con disposizioni generali non si sacrificheranno le meno estese proprietà.

(35) In ogni modo, tornandovi il progetto, come potrebbe approvarlo il Senato, privo così d'una delle sue parti vitali?

biam difeso noi. E a questo proposito è utile richiamare alla mente la discussione animata che ebbe luogo intorno a quell'articolo nelle sedute del 1° e del 3 giugno 1869 (36). Animata sì, ma non perchè alcuno alzasse la voce, e v'erano i deputati napoletani e siciliani, contro il diritto del divieto nel proprietario, ma perchè a molti parevano poche le garanzie date al proprietario. Intanto si fu concordi nell'ammettere che l'art. 712 del Codice civile aveva distrutto qualunque altra disposizione sulla materia (37), onde, e lo crediamo anche noi, si accamperebbero diritti che non esistono. L'articolo del progetto diceva che il possessore avrebbe fatto noto il suo divieto con un manifesto da affiggersi per otto giorni alla porta del comune. Altri opponeva esser troppo difficile pei cacciatori informarsi del divieto, ma la Commissione osservava esser *troppo grave* pel proprietario obbligarlo a porre dei segnali. E lo stesso Sanguinetti autore della relazione combattuta, riproponeva che si approvassero le norme da lui altra volta sostenute, fra cui che i proprietari potessero crearsi distretti di caccia colle pubblicazioni e colle *paline* che ne indicassero il circuito e i limiti. La Commissione finì per modificare il suo articolo, proponendo che al proprietario fosse lecito far noto il suo divieto o coll' avviso alla porta del Comune o colle *paline* intorno al campo. Ma finalmente l'onorevole Di San Donato deputato appunto delle provincie napoletane, e, come non è a dubitare, dei loro interessi zelantissimo, propose l'art. riferito « a niuno è lecito » introdursi a cacciare nel fondo altrui senza il permesso del » possessore » d'una gravità e d'una forza pel proprietario anche maggiore di quello che consiglino la sapienza e le tradizioni romane. E dopochè codesto articolo fu approvato, avendo l'onorevole Morini detto con ironia che il proponente aveva fatto alla Camera un bel regalo, con esso, rispondeva l'on. Di San Donato, con recisa frase, forse troppo assoluta, ma degna di meditazione *ho salvato la proprietà!* (38) — Dopo di che ci par facile decidere che la soppressione proposta dalla Commissione attuale è fatta tutt'altro che per agevolare la riuscita dell'importante disegno di legge.

Non possiamo terminare le nostre osservazioni a proposito dei

(36) Atti Cam. dep. sedute citate.

(37) L. c.

(38) L. c.

rapporti fra la proprietà e il diritto di caccia, senza avvertire un'altra lacuna. A evitare ogni possibile equivoco sarebbe mestieri affermare che quando si tratta d'animali domestici o mansuefatti, finchè conservino l'abitudine del ritorno, e di animali selvaggi chiusi e custoditi in modo da toglier loro la libertà naturale, le regole sulla caccia non sono ammissibili, e chi in qualunque modo se ne impadronisca coll'animo di farne lucro si rende reo di furto e ne subisce le pene (39). — Del pari non sarebbe superfluo stabilire che qualunque ingresso nei fondi in cui è proibito basta a fare incorrere nelle relative multe ecc.: non importa che il cacciatore abbia esploso l'arme da fuoco da un luogo in cui la caccia sia permessa, ma basta che egli o il suo cane sieno penetrati nel fondo a raccogliere o cercare la selvaggina caduta (40).

VIII.

Il nostro tema è esaurito. Ma ci si permetta di proporre un'idea, lasciando a altri più competenti di noi il discuterne l'attualità e l'opportunità: ci si perdoni se esciamo dai rapporti fra il diritto di caccia e quello di proprietà, stati fin qui solo oggetto de' nostri discorsi.

È sempre il diritto romano che ci attira coi suoi mirabili istituti. — Non si potrebbe per avventura applicare alla caccia l'istituto dell'*actio popularis*? — Già alla Camera dei deputati una Commissione (1) nelle sue proposte, le quali, come a ragione fu detto da un nostro egregio collega in questo stesso periodico (2) dimostrano lo zelo e la competenza de' suoi membri, offrono tutti

(39) Vedi sopra p. 51.

(40) Così sorgono eleganti questioni. Certo anche la semplice esplosione dell'arma potrebbe esser punibile quando avesse arrecato un qualsiasi danno ecc.

(1) Era composto dei deputati **Mazza, Berti Ferdinando, Boselli, Gorio, Pianciani, Sonnino-Sidney e Luchini Odoardo** relatore. Doveva riferire sovra un disegno di legge presentato dal ministro dell'interno nel 1880 per riformare la legge 3 agosto 1862, numero 753, sulle Opere pie. Il relatore presentò una bellissima relazione il 30 novembre 1881. *Atti parlamentari* — *Legisl.* XIV, n. 145 A.

(2) **Brugi.** — *L'azione popolare romana in materia di opere pie.* — *Arch. Giurid.* XXVII p. 440 sgg.

i caratteri di una monografia sull'argomento e sono riprova novella della valentia del deputato Luchini, alla cui penna sono dovute, *si* propose, vagliandone le difficoltà e le obiezioni di risuscitare appunto l'*actio popularis* del diritto romano.

Si tratta d'uno dei più eleganti istituti della sapienza giuridica romana e dei più adeguati ai principi di libertà politica che massime nei tempi incorrotti della repubblica, ne furono solida e splendida base. Infatti ogni cittadino, come membro del popolo, è autore sia traducendole in consuetudine, sia approvandole nei comizi, delle norme giuridiche dello Stato. In conseguenza qualunque violazione di cotesto popolare diritto ferisce la volontà dei singoli cittadini, li danneggia perchè anche lo Stato è una cosa sola con loro, e la sua fortuna rappresenta un loro interesse, e nulla più giusto che il diritto di ogni cittadino di intentare apposita azione come rappresentante, o se meglio vuolsi, come parte dello Stato. Sgraziatamente anche di quest' istituto, e perchè spettante al diritto pubblico intorno a cui abbiamo fonti meno copiose, e perchè si corruppe e quasi s'estinse durante la decadenza e la rovina dell'impero romano, non abbiamo completi ragguagli: ma poterono però essere raccolti tanti materiali da spiegarcene l'indole, lo scopo liberale e i limiti di sua applicazione. Ed è fortuna che in questo stesso periodico stiasi pubblicando con belle note e opportuni commenti, da altro nostro egregio collega (3) la traduzione del miglior lavoro in proposito dovuto alla penna d'uno de' più solenni giureconsulti del secolo (4). Ad essa rimandiamo i giureconsulti italiani che potranno farne ampio tesoro e dal punto di vista scientifico e da quello pratico nella legislazione della nuova libera Italia (5).

(3) **Scialoia**, *le azioni popolari romane per Carlo Giorgio Bruns, con prefazione e note del traduttore*. — Arch. giur. XXVIII, p. 166-213, 519-538. (Continua).

(4) **Bruns** *Zeitschrift für die Rechtsgeschichte* vol. III, p. 344-445 anno 1864. Ripubblicò l'elegante lavoro dopo l'immaturo morte del **Bruns** il figlio dottor **Ivone** filologo nella raccolta degli scritti minori del padre, *Kleinere Schriften von C. G. Bruns*, Weimar 1881, vol. I p. 313-375. Vedi **Scialoia** l. c. p. 168-169.

(5) Facciamo voti che l'istituto, del resto non assolutamente estraneo al diritto italiano come ben osserva il **Luchini**, sia innanzi tutto esteso al tema delle opere pie con molto onore dell'ora inaugurata legislatura XV ove siedono gli eletti d'un suffragio tanto giustamente allargato.

Nei rapporti fra il diritto di proprietà e quello di caccia di cui ci siamo occupati in questo scritto certo è che non può parlarsi d'*actio popularis*, poichè si tratta d'interessi privati. Il proprietario soltanto deve aver diritto d'intentare azione contro il cacciatore che abbia violate le regole stabilite in proposito della legge, chè anzi, come già ammetteva il progetto del Ministero e del Senato (6) neppure il pubblico Ministero deve potere agire d'ufficio. — Ma tutte le altre disposizioni ispirate all'intento di giovare all'industria, all'agricoltura, e all'economia nazionale assumono un'importanza spiccatamente pubblica e generale.

Infatti la proibizione di tanti generi di caccia, la restrizione a tempi e luoghi determinati, hanno lo scopo d'impedire la distruzione della selvaggina, quella in specie riconosciuta di tanta utilità alle produzioni dell'agricoltura. Noi proponiamo ad altri più competenti di meditare, se non sia anche qui il caso di istituire colle debite cautele l'*actio popularis*, la cui pacifica e proficua attuazione ci parrebbe forte riprova di ciò che non è molto disse un'augusta parola, essere omai il popolo italiano maturo alla libertà. Certo non poche saranno le obiezioni e lunga e minuta dev'essere la discussione in cosa di tanto momento. Noi qui poniam fine al nostro dire, e perchè siamo anche troppo esciti dal nostro tema, e perchè, ove occorra, scriveremo su codesto argomento un'apposita monografia.

Padova 1° dicembre 1882.

(Estratto dall'Archivio Giuridico)

Bologna — Tipi Fava e Garagnani



115551

